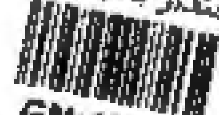
الاعتذار بالجهل بالقانون

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة

تأليف
المستشار
محمد وجدي عبد الصمد
رئيس محكمة النقض





الطبعة الثانية
١٩٨٧

﴿ إِنِّيٓ أَعِظُكَ أَن تَكُونَ مِنَ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾

قرآن كريم

إهداء

إلى المنادين بسيادة القانون ، العاملين على مكانته .

إلى المتمسكين بكرامتهم ، المعتصمين بإبائهم ، المؤمنين بأن رفعة تنهض على أكتاف الذل ، هي منزلة أحط من الذل نفسه .

محمد وجدى عبد الصمد

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الطبعة الثانية

مضى على ظهور الطبعة الأولى من هذا الكتاب خمسة عشر عامًا ، أصدرت فيها محكمة النقض عديدًا من المبادىء التى تتصل بموضوعه فى مختلف نواحيه ، فكان لزامًا أن تتضمن هذه الطبعة تلك المبادئ ، ما نشر منها وما لم ينشر حتى نهاية عام ١٩٨٦ .

ولعل من المناسب أن ننوه فى هذا المقام : بمضى محكمتنا العليا فى إعمال رقابتها على دستورية القوانين ، وهو ما نهجته قبل إنشاء المحكمة الدستورية ، فاستمرَّ قضاؤها يجرى بوجوب إهدار مواد القانون التى تتعارض مع نصوص الدستور ، سابقة كانت أم لاحقة على صدوره ، باعتبار أن الحكم المخالف يكون قد نسخ حتمًا بقوة الدستور ، وهو القانون الأسمى صاحب الصدارة .

وتخفيفًا من مبدأ افتراض العلم بالقانون من تاريخ نشره ، قررت محكمتنا العليا أن هذا الافتراض رهين بعدم قيام أسباب تحول حتمًا دون قيام ذلك العلم ؛ فإذا كانت الجريدة الرسمية لم تعد للتوزيع إلا بعد فترة من التاريخ الذى تحمله ، فإنه يكون قد استحال العلم بالقانون المنشور بها فى تاريخ نشره ؛ بينما اعتبرت القرارات الإدارية التنظيمية (اللوائح) نافذة فى حق الجهة الإدارية التى أصدرتها من تاريخ صدورها لافتراض علمها بها ، ولم تقبل منها التحدى بعدم نفاذها فى حقها إلا بنشرها .

وعلى الرغم من تواتر الأحكام على أن العلم بالقانون الجنائى والقوانين العقابية المكملة له ، مفترض فى حق الكافة ، ومن ثم فإنه لا يقبل الدفع بالجهل بها أو الغلط فيها ، كذريعة لنفى القصد الجنائى ؛ فقد اعتدت محكمتنا العليا ، بتأول المتهم لنصوص قانون العمل ، وما إذا كان قرار اللجنة الثلاثية يلزمه بإعادة العامل أو لا يلزمه ، وهل يترتب على مخالفته البطلان أويستوجب العقوبة ، واعتبرته دعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة مقررة فى قانون العمل وبالواقع فى وقت واحد ، مما يجب قانونًا فى المسائل الجنائية اعتباره فى جملته جهلاً بالواقع ، من شأنه أن ينفى القصد الجنائى .

إن محكمة النقض ، إذ تعمل على توحيد القضاء مراعاة للمصلحة العامة ، إنما تسهم فى تدعيم استقلال القضاء ، لأنه يفترض وحدة كلمة القانون التى يقضى بها القضاء ، وذلك اعتبارًا بأن الضمير القضائى الحر ، لا يقضى بغير هذه الكلمة .

أسأل الله أن أكون قد نفعت بقدر ما جَهَدْت .

محمد وجدى عبد الصمد

١٤ من ذى القعدة ١٤٠٧ هـ
١٠ من يوليو ١٩٨٧ م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الأستاذ الدكتور عبد السلام مرسى بليبع
رئيس محكمة النقض السابق

لعلّ هذا الكتاب فيما أعلم ، هو الأول فى العربية الذى حصر حالات الاعتذار بالجهل بالقانون وبحثها فى سفرٍ مستقل بذاته . وحسب القارئ أن يتابع قراءته ليقدر مدى ما يحمل إليه منْ فائدة . ذلك أنه من نوع المؤلفات التى تتميز بالتسلسل الرقيق الشيق الذى ما يكاد يرتشف منه القارئ قطرة حتى يستعذبه فلا يتركه حتى يصـــل إلى نهايته . وهو من ناحية أخرى مما يجب اقتناؤه ليكون ذخراً لكل باحث لما يتضمن من حلول لكل صعب وعسير فى العديد من المسائل العلمية والعملية . ويمتاز المؤلّف فوق هذا وذاك بالدقة فى البحث والعناية فى الإخراج وبالإحاطة بالموضوع من مختلف نواحيه ، وهو ما يدل على وعى مؤلّفه بالمشكلات التى واجهته وتفهمه الواضح لكل فكر عالجه فيه .

وإذ قدّر المؤلّف أهمية مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » من حيث وجوب انطباقه على القاعدة القانونية سواء كان مصدرها شريعة دينية أو تشريعاً وضعياً أو غيرهما من المصادر ، وكانت أحكام الشريعة الإسلامية منذ انبثق نورُ النبوّة على سيّد المرسلين ، مناراً يُهتدى بها وقبلة لكل إصلاح ، وتعتبر فى القانون المصرى مصدراً أصلياً فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين المسلمين جميعاً وغير المسلمين إذا اختلفوا طائفة أو ملّة ، ومصدراً احتياطياً يكمل نقص التشريع بعد العرف فى جميع مسائل القانون الخاص الأخرى ، فقد عمِد المؤلّف إلى تخصيص الكتاب الأول من مؤلَّفه لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يكتف بذلك بل عمد إلى مواجهة القانون الوضعى بها فى أكثر من موقع من الكتاب الثانى كلما جدت له

الفرصة ، فقارن وقارب بينهما وأبدى الرأى مدعّماً بالحجة والدليل فأجاد فى مساندته .

ولم ينحُ المؤلّف بمؤلّفه هذا المنحى السّديد إلا لإحساسه ووعيه بالمشكلة التى يعانى منها المجتمعُ الإسلامىُّ والتى أدت إلى تمزّقه بسبب اختلاف النظم القانونية السائدة فيه . فقد دعاه الاقتناعُ بقيام هذه المشكلة بعد قفل باب الاجتهاد ونزعة الجمود التى سادت منذ القرن الرابع الهجرى حتى الآن ، إلى الخوض فى أحكام الشريعة الإسلامية المتصلة بموضوع مؤلّفه ، يدعو إلى إحيائها بمفهومها الحقيقى الذى كان ولا يزال معتبراً من خصائصها اللصيقة بها ، وهو مفهوم المرونة والتجديد ومراعاة مقتضيات الصالح العام المتطورة .

وقد كان لهذا الذى استشعره المؤلّف صداه فى مؤلّفه ، إذ مهّد للأحكام الشرعية ببيان ماهيتها وأهدافها وخصائصها وطبيعتها ، ثم حدد مصادرها وما اتفق فقهاء المسلمين على الاستدلال به وما اختلفوا عليه منها . ويعنينا من أدلة الأحكام الشرعية الدليلُ المستمدُ من المصالح المرسلة لما يترتب عليه من بث المرونة فى الأحكام الشرعية ذاتها ، ولأن هذا الدليل يُعدّ حجر الزاوية الذى يُبنى عليه كل تشريع وضعى متطوّر يستند إلى تلك الأحكام . وإنه وإن اعترض بعض الفقهاء على المصالح المرسلة بدعوى أن فتح باب الاجتهاد عن طريقها قد يؤدى إلى تسرب بعض الأحكام المغرضة من ذوى الأهواء ، وهو ما قد يسىء إلى الأحكام الشرعية فى مجموعها ، إلا أن الغالبية من أهل الفقه تؤيد اعتبار المصالح المرسلة دليلا من أدلة الأحكام الشرعية ومورداً للتشريع الوضعى ما دامت تنم عن مصالح يقينيّة عامة وفى مرتبة الضرورات والحاجات للمجتمع ، ويرون أن هذه الشروط فيها ما يكفل درء المخاوف الموجهة لها من معارضيها . ومع ذلك فإن هذا الدليل من أدلة الأحكام الشرعية وإن استحق أن يقوم على تغذية كل مجتمع إسلامى معاصر بالفكر الجديد المتطور ، إلاّ أنه يجب أن يراعى عند الأخذ به عدم تحميله بأكثر مما يحتمل . فإذا وجد بصدد مسألة معينة حكم شرعى من الأصول العامة وثبت هذا الحكم بالنص فى القرآن أو السنة ، فإنه وإن ذهب رأى إلى أن الحكم الشرعىّ المستمدّ من النص إن هو إلا تأكيدٌ لمصالح

الناس وقت صدوره ، وأن المصلحة التى تقوم فى وقت لاحق تعبِّر عن دليل شرعى آخر وقت قيامها ، وأنه إذا اختلف الدليلان وجب تقديم الدليلِ المستمدِّ من المصلحة الحديثة على الدليل المستمد من المصلحة التى كان النصُّ صدًى لها ، إلا أن هذا القول هو مما قد يتعذر الأخذ به على إطلاقه لما قد يترتب عليه أحياناً من تغليب المصلحة المرسلة على النص ، على أن إعمال النص وعدم قبول الادعاء بالجهل به أو بمعناه الحقيقى لا يمنع من الهيمنة على تطبيقه بما يُوائم بين المصلحة فيه عند وجوده والمصلحة المعاصرة عند تطبيقه ، ويمنع التعسف فى استعماله إن كان حقا ويجعل الأصل فى ممارسته حسن النية ويضمن للمجتمع سلامته على أساس من التضامن الاجتماعى .

أما إذا لم يكن موجوداً فى المسألة المطروحة نص من الأصول العامة يحكمها ، وكان الأخذ بآراء الفقهاء وأصحاب المذاهب يؤدى إلى الوقوع فى الحرج ، فإن الراجح هو الأخذ بالمصلحة المرسلة دفعاً للحرج وعملا بما أنزل الله فى محكم كتابه « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

هذا وقد تناول المؤلّف أثر الجهل بالحكم الشرعىّ فى نطاق العبادات والمعاملات ، وفى الجرائم والحدود حيث لا يقبل من إنسان أن يدفع بجهل الأحكام ولا سيما فى الجرائم المعاقب عليها فى جميع الأديان ، وهو ما أخذ به المؤلّف حين حظر الاعتذار بجهل الأحكام الوضعية العقابية .

* * *

أما بالنسبة للقوانين الوضعية — وهى موضـــوع الكتاب الثانى من المؤلّف — فإنه ممّا لا شك فيه أن جمهور الناس ممن لا يتصلون بالقانون إلا عرضاً وبقدَر ، بل وخاصّتهم ممن تدخل دراسة القانون فى عملهم ، أصبحوا يضيقون بحالة السيولة الزائدة التى تصدر بها القوانين فى الكثير من الدول فى وقتنا المعاصر ، ومن تشعُّب المواد التى تصدر فيها وما يترتب على ذلك من قيام الصعوبة لدى أولئك وهؤلاء فى ملاحقتها والتعرف على أحكامها وما هو نافذ وغير نافذ منها . وقد دعت تلك الحالة الشاذة الكثير من الفقهاء إلى القول بقصر العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الآمرة ، وذهب بعضهم إلى المناداة بقصر العمل به على القوانين

الجنائية ، واستندوا فى ذلك إلى نص المادة ١٢٢ من القانون المدنى التى تقضى ببطلان العقد لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع . ويقولون إن إبطال العقد فيه خروج على المبدأ وترخّص من المشرع بإثبات عكس القرينة المستمدة منه . واستندوا كذلك إلى الزواج الظنى السائد فى الشرائع المسيحية جميعها تقريباً والذى استقرت أحكامه فى الكثير من القوانين الوضعية بما يترتب عليه من تحقيق آثار الزواج الباطل الناشئة قبل تقرير بطلانه ، سواء أكان سبب البطلان يرجع الى غلط فى الواقع أم فى القانون ما دامت قد ثبتت حسن نية الزوج الذى أضفيت صفة المشروعية على آثار الزواج السابقة على البطلان فى حقه ، وهو ذلك الزواج الذى يقرب فى آثاره من الزواج الفاسد بعد الدخول فى الشريعة الإسلامية إذا كان قد افتقد شرطاً من شروط صحته ولو لغلط فى القانون ، كما إذا تزوج شخص أخته من الرضاعة وهو لا يعلم أنها محرمة عليه قانوناً ، إذ يرى بعض الفقهاء أن إحياء آثار العقد الباطل أو الفاسد لغلط فى القانون مؤداه إهدار حجية قرينة العلم بالقانون .

وقد أفاض المؤلّف فى شأن بطلان العقد لغلط فى القانون وانتهى سديداً إلى أنه ليس فى نص المادة ١٢٢ من التقنين المدنى أو غيره ما يؤدى إلى إقامة أى استثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون وإثبات عكس القرينة المستمدة منه . وما قاله فى هذا الشأن ينصرف كذلك إلى الزواج الظنى والزواج الفاسد بعد الدخول ، ذلك أنه فى كل منهما لا تتحقق الآثار إلا بالنسبة لما نشأ عن الزواج قبل تقرير بطلانه أو فساده ، أما الزواج فيزول قطعاً بالنسبة للمستقبل ولا يمكن أن تترتب عليه آثاره فى حق أى من الزوجين : وليس فى تحقيق الآثار التى نشأت قبل تقرير بطلان الزواج أو فساده إلا مجرد ضرورة إنسانية قُصد بها التخفف من أحكام البطلان أو الفساد لمفاداة النتائج القاسية التى تترتب عليهما ، ولا تعدّ فى ذاتها استثناء من المبدأ والقرينة المستمدة منه .

والعلّة فى وجوب التمسك بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون هو ارتباطه بالقانون ذاته ولزومه لوجوده لزوم القانون له ، وهو فوق هذا صمام الأمان

الذى ينضبط بموجبه كل مجتمع يخضع لسيادة القانون وذلك على أساس أن المساواة فى معاملة المخاطبين بالقواعد القانونية تستوجب المساواة فى العلم بأحكامها وعدم جواز الاعتذار بالجهل بها . وعلى ذلك فإنه أياً كان الوضع الذى يترتب على التمسك بهذا المبدأ ، ومهما بلغت شدّة النتائج التى تنجم عنه فى بعض الظروف ، فإن الإصلاح لا يأتى عن طريق إقامة الاستثناءات عليه والإشادة بوجودها واستساغة ورودها بما قد يؤدى إلى إهدار المبدأ فى ذاته ، وإنما الطريق إلى الإصلاح هو التشريعُ ذاتُه باعتباره المصدر الأول للقواعد القانونية ، وذلك بالتخفف من تعاقبه على الموضوع الواحد وعدم تشتيته والعمل على تجميعه وتثبيت الفكر بشأنه بما يقيم أسباب العلم به لدى المواطنين جميعاً ، وقد ساق المؤلّف فى هذا السبيل الكثير من الآراء والمقترحات المفيدة والبنّاءة .

* * *

ومما نلاحظه فى ثنايا صفحات هذا المؤلّف منذ بداية الكتاب الثانى منه المتعلّق بالقانون الوضعىّ ، أن حالات الاعتذار بالجهل بالقانون تتغلغلُ خافية فى الكثير من قواعده ، وتلعب دوراً خطيراً فى مدى انطباق هذه القواعد على الواقعة . وقد تعقّبها المؤلّف بعين يقظة فى جميع مظانّها المبعثرة فى مختلف فروع القانون ، وبيّن أحكامها مستمدّة من جذورها التاريخية فى التشريع المصرى والتشريعات المقارنة إلى أن استوت فى شكلها الحالى ، مشيراً فى ذلك إلى أقوال الفقهاء وأحكام المحاكم فى إحاطة كاملة ، مناقشاً إياها كلّما لزم الأمرُ فى فطنة .

وكم كان المجهود شاقاً أن تقتضيه طبيعةُ البحث أن يأتى بنظرة شاملة على كافة القوانين يستخرج منها المسائلَ المعنيّة ببحثه ، فكاد الكتابُ بذلك أن يكون تلخيصاً للقانون كلّه فى الكثير من أمّهاته ،

فمثلاً فى مجال القانون الدولى العام ، تناول أهلية الدّولة لإبرام المعاهدات ، ومدى التزامها بالمعاهدة التى يُبرمها شخص أو جهازٌ غير مختص أو لم يُراعِ فى إبرامها المتطلّبات الدستورية ، وحق الدولة التى تنازع فى مشروعية معاهدة أبرمت باسمها فى الدفع بالنصوصِ الدستورية التى

تحدد الاختصاص بإبرام المعاهدات أو بالشكل الذى صيغت فيه المعاهدة ، إذا كانت المخالفة صارخة أو كان يمكن التعرف عليها بمجرد الاستفسار ، ومدى مسئولية الدولة إذا أكد وزير خارجيتها — المختص بمباشرة المفاوضات الدولية — لحكومة أجنبية أن معاهدة بعينها تتفق والمتطلبات الدستورية ثم نازعت الدولة فى مشروعية المعاهدة دستورياً .

فى مجال القانون المدنى ساوى المؤلف بين القواعد المكملة أو المفسرة والقواعد الآمرة من حيث امتناع الاعتذار بجهلها ، وتناول أثر الغلط فى القانون وفى الباعث على العقود مقارناً بالتقنين المدنى الفرنسى والألمانى وبالفقه الإسلامى .

وفى تقنين الإثبات عرض للتفرقة بين الواقع والقانون ودور القاضى فى الدعوى المدنية وسلطاته فى تطبيق القانون فى مصر وفى الدول الغربية والعربية . وأثر جهل الخصوم وغلطهم فى الواقع والقانون على الإقرار واليمين .

وفى مجال القانون الدولى الخاص تناول تطبيق أحكام القانون الأجنبى وما إذا كان يعد مسألة قانون أو واقع ، والأحوال التى يتعين على القاضى الوطنى فيها أن يلتفت عن تطبيق تلك الأحكام ، وقابلية حكمه للنقض إذا بناه على ما يخالف أحكام القانون الأجنبى فى الأحوال التى تكون فيها هذه الأحكام واجبة التطبيق .

وفى مجال تقنين المرافعات تناول مبدأ امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون بالنسبة للقواعد التى ترسم طرق رفع الدعوى والطعن فيها ومواعيد الطعن والدفوع ، وأثر الجهل بالقاعدة التى تحدد البطلان ونوعه وطريق التمسك به ، وكيف أن المشرع يفترض علم الشخص بمواطن البطلان فى التشريع وبكيفية التمسك به لأن هذا وذاك من القانون الذى لا يعذر أحد بجهله .

وفى مجال القانون الإدارى تناول خضوع السلطة الإدارية للقانون ، والرقابة القضائية على القوانين ، وجهل الإدارة بالقاعدة القانونية وإتيانها عملا تحرمه تلك القاعدة أو امتناعها عن القيام بعمل توجبه ، وانحراف السلطة ، ومخالفة القانون فى قرار السحب ، والتمييز بين الخطأ المصلحى والخطأ الشخصى ، وخطأ الإدارة فى تفسير القاعدة القانونية ، وخطأها فى تطبيق

القاعدة القانونية على الوقائع ، وإعمال مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون فى الصلح فى المجال الإدارى فى شأن الحقوق المالية التى لا تمس مراكز لائحية ، والصلح على الضرائب .

وقد كان للمؤلف فضل السبق فى شرح أحكام دستور جمهورية مصر العربية ، ودستور دولة الاتحاد ، والمحكمة الدستورية الاتحادية . كما شرح قانون المحكمة العليا وأورد العديد من أحكامها وأدلى باقتراحات جليلة الفائدة بشأن قانون إنشاء المحكمة الدستورية التى نص عليها دستور سبتمبر ١٩٧١ . وتكلم على اتجاهات القضاء الإدارى فى دستورية التشريعات المانعة من التقاضى وبرز برأيه فى العديد من المسائل فى هذا المجال .

وفى مجال الجريمة التأديبية ، تكلم على مبدأ الشرعية فى تلك الجريمة ، والخلاف حول مبدأ الشرعية فى المجال التأديبى وفى العقوبات التأديبية ، وخطأ الموظف العام فى تفسير القوانين واللوائح أو التعليمات ، والأخطاء المرفقية التابعة عن قصور أو سوء تنظيم المرفق فى ذاته ، والأخطاء التى لا تبلغ حداً من الجسامة سواء من الناحية المادية أو الأدبية ، بحيث تستوجب الزجر ، ودور السلطة فى تحديد الجريمة التأديبية ، ووجه الاختلاف بين العقوبة الجنائية والجزاء التأديبى ، والعلاقة بين الذنب التأديبى والجريمة الجنائية .

وفى مجال قانون العقوبات تناول خصائص القاعدة الجنائية ووضع غير المسئول جنائياً منها والفرق بينه وبين الجاهل بالقانون الجنائى ، والجهل والغلط فى القاعدة الجنائية على المسئولية الجنائية . وعرض للأصل التاريخى لمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون والنظريات التى قام عليها . وأقر بصدد المساءلة الجنائية ، التفرقة بين الجهل والغلط فى قاعدة من قواعد قانون العقوبات والجهل والغلط فى قواعد القوانين الأخرى ولكنه لم يقمها على اعتبار الغلط فى القوانين الأخيرة بمثابة غلط فى الواقع وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية وجانب كبير من الفقه ، وإنما أقامها على فكرة التطبيق المباشر وغير المباشر للقاعدة القانونية فكان موفقاً فيها غاية التوفيق ولا سيما أنه جعل من هذه الفكرة مبدأ عاماً لا يقتصر تطبيقه على الحالات التى تكون

القاعدة الأصلية المطلوب تطبيقها فيها قاعدة عقابية وإنما يمتدُّ ليشملَ القواعد القانونية الأخرى .

ومن المسائل ذات الخطر التي نبه إليها المؤلِّف في هذا المجال ، ما نص عليه دستورُنا الحاليُّ من أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بناء على قانون » ، وهو ما يعني أن السلطة التنفيذية تستطيع إصدار لوائح تتضمن تحديد جرائم وتقرير عقوبات ، في حين أوجب دستور دولة الاتحاد أن تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينُها كحدٍّ أدنى مبادئ وحقوقاً منها أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بقانون » . ومعنى هذا أن وضع القواعد القانونية التي تتضمن تحديد الجريمة والعقوبة مقصورٌ على مجلس الشعب دون السلطة التنفيذية . وطالب المؤلِّف برفع هذا التناقض بتعديل المادة ٦٦ من دستورنا بما يتمشى مع دستور دولة الاتحاد في هذا الخصوص ضماناً لأقصى حدٍّ من الشرعية . ونبه إلى أن جهة الإدارة لم يعد لها الحق في مصادرة الأشياء المملوكة للأفراد سواء أكانت حيازتها جريمة أم لم تكن ، بعد أن حظر الدستور المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ، ولو استندت إلى قرارات أو قوانين سابقة كانت تخولها هذا الحق .

ونبه المؤلف أيضاً إلى أنه لم يعد لمأمور الضبط القضائي ، وفقاً للدستور الجديد ، الحقُّ في أن يقبض على المتهم في غير حالة التلبس ، كما لم يعد له الحق في تفتيش مسكن المتهم ولو في حالة التلبس بجناية أو جنحة لأن الدستور الجديد أوجب صدور أمر قضائي مسبب في جميع الأحوال . وطالب المؤلف بتقرير حق الأفراد في رفع دعوى دستورية أصلية بطلب الإلغاء أمام المحكمة الدستورية حتى لا يستمر قائماً قانونٌ غير دستوري . وأن يخوِّلَ القانونُ محكمة الموضوع ذاتها سلطة الإحالة على المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها وبدون دفع حتى لا يجد القاضي الجنائي نفسه مرغماً على إدانة متهم بموجب قانون غير دستوري لمجرد أن الخصوم لم يدفعوا بعدم دستوريته .

* * *

هذا الذي عرضنا له ليس إلا قليلا من كثير مما حوته متونُ وحواشي صفحات هذا المؤلَّف الغزير بمادته والحافل بالآراء والأفكار . وقد ساق المؤلِّف كل المسائل المعنيّة ببحثه — على تشعبها وتناثرها في مجالات القانون —

في تسلسل وترتيب يحفظ على القارئ تركيز ذهنه ويهديه إلى متابعته في يسر ، وبأسلوب غاية في الوضوح والقوة والنقاء .

والجميلُ في هذا الكتاب هو أنه لما كان القانونُ ينبعُ من أصول فلسفية أملتها طبيعةُ الجماعات المعقَّدة ، وصحبتهُ منذ نشأته وإبَّان تطوُّره على مدى الحقب ، فإن المؤلِّف لم يفتهُ في كل مناسبة سنحت استيحاءَ تلك الأصول وردَّه إليها ، فألبسه بذلك ثوب التاريخ وبث فيه من روح عراقته ، مما يشير إلى أن المؤلِّف كان يساير بروحه فكره ويشيعُها دافقةً فيه . وكانت في الحق روحاً نابضةً واكبت ذهنه المتوقد وعلمه الغزير ، وجعلت من المؤلِّف مفخرة لصاحبه وعوناً للمشتغلين بالقانون .

أول أغسطس ١٩٧٢

عبد السلام مرسى بلبع
رئيس محكمة النقض السابق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

عرف الرومان مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » وطبقوه بالنسبة لقانون الشعوب الذى كان تطبيقه مقصوراً على الأجانب دون الوطنيين . وقد توسل « سيسرون » ، ابتغاء تطبيقه على الرومان أيضاً ، بفكرة « القانون الطبيعى » الذى بدأ فلسفة عند اليونان وأحله الرومان فى قانونهم مستلهمين أحكامه من عقولهم على تقدير أنه مجموعة المبادئ المطابقة للعقل والتى لا يمكن أن يفترض فى أحد جهله بها ، ولا يعذر أحد إذا ادعى هذا الجهل لأنه يستطيع أن يدركها ويهتدى إليها تلقائياً بذلك العقل الإلهى العالمى الذى ينعم كل فرد بجزء منه يودع فى نفسه . ثم ورثت المسيحية ورجال الكنيسة ذلك القانون فى العصور الوسطى فجعلوه القانون الإلهى وإن كان يتوصل إليه من طريق الوحى لا العقل . وعرفه الإسلام ، وزاد أحد المذاهب الإسلامية أن ميز بين القانون الطبيعى والدين ، وجعل العقل ، لا الوحى ، هو الكاشف لهذا القانون .

وقد عرف الفقه الإسلامى مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » ، ووضع القرافى المالكى ضابطاً لما يصلح عذراً فقال إنه ما يتعذر الاحتراز عنه عادة ، وقال إنه معفو عنه . وضبط ما لا يصلح عذراً بأنه ما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق ، وقال إنه لا يرفع التكليف . وقال الشافعى فى الرسالة إن هناك من الأحكام ما لا يسع بالغاً غير مغلوب على عقله فى دار الإسلام جهله مثل تحريم القتل والسرقة وغيرهما مما لا يجوز التنازع فيه ، وهناك من الأحكام ما يحتمل التأويل وهذا درجة من العلم ليس تبلغها العامة . وهكذا يكون قول الفقهاء « لا عذر بالجهل فى دار الإسلام » ليس على عمومه ، فقد توجد بعض جزئيات فى دار الإسلام يعذر الجاهل بجهلها .

وقد وضعت محكمة النقض المصرية شرطاً لقبول الاعتذار بالقانون غير العقابى هو أن يقيم الشخص « الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعاً كانت له أسباب مقبولة » — وليس المعيار الذى وضعه القرافى المالكى إلا هذا .

ولا أخفى أنى تهيبت الكتابة فى موضوع هذا المؤلف مرات عديدة ، فقد كنت أعرف ما يتطلبه تعقب المبدأ موضوع الدراسة منذ نشأته إلى الآن فى مختلف الشرائع والقوانين من جهد قد لا ينفسح له وقتى . بيد أن صعوبة الموضوع ذاتها هى التى استنفرت عزيمتى إلى مواصلة البحث حتى استوى كتاباً يمشى على استحياء ليتخذ لنفسه فى المكتبة القانونية مكاناً متواضعاً .

وقد التزمت فى كل قانون تعقبت المبدأ موضوع الدراسة فيه ، أن أبدأ ببيان مصادر قواعده وطرق تفسيرها ، ثم أستطرد إلى بيان حكم الجهل بهذه القواعد أو الغلط فيها . والتزمت ذات النهج فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية التى أفردت لها الكتاب الأول من هذا المؤلف ، فبدأت ببيان مصادر أو أدلة الأحكام الشرعية ، وهى تقابل القواعد القانونية فى الفقه الوضعى ، ثم تناولت طرق تفسيرها وأسباب اختلاف الفقهاء فى هذا التفسير ، فأثر الجهل بها فى العبادات والمعاملات والجرائم والحدود .

وقد حرصت كل الحرص على أن يكون هذا المؤلف صالحاً للمشتغلين من رجال القانون بالعلم أو بالعمل . فهو إذا كان صالحاً لرجوع المشتغل بالعلم يجد فيه النظريات العلمية ملخصة فى إيجاز أجهدنى أكثر من الإسهاب ، فإنه لم يغفل الناحية العملية متابعاً بوجه خاص القضاء المصرى ومسايراً إياه فيما وضعه من مبادئ وأحكام . واتسع بعد كل ذلك ليطرق مواضيع وتشريعات شتى حديثة العهد فى بلادنا ، كما اتسع فى حاشيته لمقابلة بين نصوص التقنين المصرى ونصوص التقنينات العربية والغربية . ولم تقتصر أحكام الشريعة الإسلامية على الكتاب الأول من هذا المؤلف الذى بلغ البحث فيه أمده بالنقول والمذاهب الفكرية والموازنات التى تفرق بين مسالك بعض الفقهاء وبعض ، وإنما انتشرت فى أكثر من

موضع فى الكتاب الثانى الذى أفردناه للأحكام الوضعية لتسهُلَ الموازنةُ بين فقه القانون وفقه الشريعة توصلاً إلى المقارنة السليمة والوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بين هذا وذاك .

• • •

وبعد ، فهذا المؤلَّف يصحُّ بدايةً لطالب القانون عموماً ، وللباحث فى مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » بوجه خاص ، يحصِّل ما هو فى حاجة إلى الوقوف عليه من الأحكام الشرعية والقواعد الأساسية فى مختلف فروع القوانين الوضعية ، دون أن يزحم نفسه بالتفصيلات التى يمكن ردُّها إلى هذه القواعد فى غير مشقة : ويصحُّ نهايةً للباحث يريدُ فى نظرة عجلَى أن يستوعب جُماعَ القول فى المسألة التى يبحثها . فهو — كما يقول الفقيه ابن رشد فى عنوان كتابه المعـروف — « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » .

أسأل الله أن أكون قد وفقتُ فى تحقيق ما ابتغيت .

القاهرة فى يوليو ١٩٧٢ محمد وجدى عبد الصمد

الكتاب الأول
فى
الشريعة الإسلامية

تمهيد

نشأة القانون ونشأة الشريعة

١ — حين يتحدث علماء القانون الوضعي عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ يتكون مع تكوين الأسرة والقبيلة ، وإنه ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ، وإن قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى ، وإن هذا التباين استمر حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانوني في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية فأصبح قائماً على نظريات لم يكن لها وجود في العهود السابقة ، وهذه النظريات الحديثة أساسها العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية . وقد أدى شيوع هذه النظريات إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم وإن كان قد بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل . ويبين من ذلك أن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتبدل ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي ، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن إلا بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين . وإذا كانت هذه هي نشأة القانون ، فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت . ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت يافعة مكتملة ونزلت من عند الله جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ، ولا تشهد فيها نقصاً ، في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها . ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون دولة ، وإنما جاءت للناس كافة على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، بل هي

الشريعة العالمية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها . وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة لا تبلى جدّتها ، ونصوصها غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدّل ، ذلك أنها من عند الله جلّ شأنه وهو يقول « لا تبديل لكلمات الله » ، وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مرّ الزمان ، أما القوانين فمن صنع البشر ، فهي توضع بقدر ما يسدّ حاجتهم الوقتية ، وبقدر قصور البشر عن علم الغيب تأتى النصوص القانونية التي يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

المقصود بتعبير الشريعة الاسلامية وخصائصها

٢ — نبادر هنا إلى القول بأننا نقصد بتعبير « الشريعة الإسلامية » في هذا الكتاب معناه القانوني ، كرادف للفقه الإسـلامى وليس مرادفا لما شرعه الله في كتابه الكريم وأكمله السـنة الصحيحة فحسب[(١)] ، فبالاجتهاد انفتح الفقه الإسلامى على المستقبل وصار أداة للتطور :

أبو بكر هو الصديق الدقيق في اتّباعه ، لكنه بعد النبيّ المجتهد الأول ، لا تعرف له مخالفة نص أبداً . وعمر هو الفاروق بين الحق والباطل ، يشتهر في التاريخ الفقهيّ بأنه المجتهد الأكبر ، لكنه يشتهر في التاريخ العالمي « بعدل عمر » .

يقول الأوربيون : أنظر كيف تصدر الأحكام في الأمة تعرف مقدار

(١) وهذا هو ما ذكره المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى أستاذ الشريعة الإسلامية حين قال : جرى العمل في كليات الحقوق بالجامعات المصرية على إطلاق كلمة الشريعة الإسلامية على الفقه الإسلامى على أنها مرادفة — أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامى طبعة ١٩٥٦ ص ٩ .

ويؤيد ذلك أنّ الأحكام في المنازعات التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية لا تزال تصدر طبقاً لأرجح الآراء في مذهب أبي حنيفة عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة .

حضارتها . والذين عرفوا كيف تصدر الأحكام في الإسلام ، كالذين عرفوا فقه هذه الأحكام ، يدركون بيقين كيف صارت الحضارة الإسلامية أعلى وأجلّ . . . النبيّ نفسه يتقضى للحجة ، ولعل أحد الخصمين يكون ألحن بحجته ، وأبو بكر يقضى ضد عمر ، وعمر يقضى بغير رأيه ، ويعتمد آراء المجلس الدائم للشورى في الأحكام ، وكذلك على وعثمان يضربان الأمثال للذين جاءوا بعدهما على الاجتهاد للمسلمين ، مع التناهي في النزاهة والنَّصفة بخصائص الشريعة من العالمية ، والأبدية ، والسموّ ، واجتهاد الرأى .

— العالمية هي التي طوّعت للفقه الإسـلامى أن يحكم بنجاح مختلف الحضارات في ربوع الأرض ، فهنا وهنالك تعلّم القساوسة والعلماء الفكر الإسلامى ومناهج الحرية التي تقوم عليها العقيدة وتنعكس في شتى الأبواب فتصير أصولاً للفقه الإسلامى تسمى الاجتهاد والقياس ، وللعلوم التطبيقية تسمى التجربة والاستخلاص ، وما هي إلا المنهج القرآنى من الاعتبار والتأمل لمعرفة الحقائق والانتهاء بها إلى الإيمان المسبّب .

وهو هو المنهج الذى أطلق الفكر الأوربى من قيوده التي قيدته بها عصور القهر الكنسىّ ، من الابتداء بالمسلّمات لا الانتهاء إليها . فمنهج التجربة والاستخلاص المنسوب إلى الفيلسـوف الإنجليزى « فرنسيس بيكون » والذى نشأت على قواعده الحضارة العلمية المعاصرة ، « منقول » من قبل ذلك بقرنين في معاهد أنشئت خصيصاً لترجمة المؤلفات الإسلامية . . . وروجير بيكون إنجليزىّ من أوائل مترجميها[(١)] .

— والأبدية هي التي جعلت الفقه الإسـلامى عصرياً في كل عصر قادراً على التمهيد للتطوّر ، من القرن الهجرى الأول أو الميـلادى السابع ، حتى ظهرت حضارة الآلات . ولما تخلّفت دول الإسلام لتبدأ العلوم

(١) أنظر مقال « الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع » للأستاذ المستشار عبد الحليم الجندى » مجلة قضايا الحكومة ، السنة الخامسة عشرة ، العدد الرابع ص ٧٩٣ وما بعدها

الأوربية صعودها من حيث توقفت الابتكارات من عقول المسلمين ، كان الفقه الإسلامى يزداد صعوداً ، ولم تعرف أوربا فقهاً ذا بال إلا فى مطلع القرن التاسع عشر للميلاد عندما صدرت تشريعات نابليون، وبقى الفقه الإسلامى فى سماء لا تطاولها سماء .

— والسموّ هو الذى قدر للفقه الإسلامى أنْ يكون ممثلا أول للشريعة ، لأنه نابع من الفضيلة . . الربّانىّ فيه ميسّر يدفع الحرج ، والإنسانىّ فيه محلّق يتجه إلى أعلى ، وهو اجتماعى الطابع ، يبنى المدينة الفاضلة والمدينة الدائمة : هو غير فردى أو أنانى كقوانين أوربا المعاصرة ، وغير وثنى كمثل مواريث الوثنية الرومانية أو اليونانية التى توارثتها أوربا عن آبائها الرومان وأجدادها اليونان .

ومن أجل ذلك يسدّ الذرائع إلى الشرّ ، ويبيح دفع المفاسد ، ويقوم على حسن النية ، ولا يتقيد بالأشكال ، ويعلن الاتجاه الأصيل إلى الحرية فى التعاقد ، ويعلى سلطان الإرادة .

— واجتهاد الرأى تعبير قانونى عن أصل حرية الرأى ، وحرية العقيدة ، والحرية الشخصية ، والشورى[1].

وينهج التشريع نهج التقابل من نصوص الأحكام ليعلمنا منهج الإسلام ، وهو وضع الناس فى المجال الصّحيح مع إطلاق الحرية لهم والتيسير

(١) يقول الرسول « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، فإذا اجتهد ثم أخطأ فله أجر » ويقول عن الأمر ليس فيه نص « إجمعوا له العالمين » ويقول أبو حنيفة « إذا كان التابعى رجلا فأنا رجل » . أما مالك فقيل إنه خالف أبا بكر فى خمسة مسائل وقيل خالف عمر فى ثلاثين . والشافعى ينهى عن التقليد حتى تقليده ويقول « وإذا قاس من له القياس فاختلفوا وسع كلا منهم أن يقول مبلغ اجتهاده ولم يسعه اتباع غيره فيما أدى إليه اجتهاده بخلافه » . وأحمد بن حنبل يخلف ستين ألف مسألة فيها اجتهاداته ، والنهى عن التقليد معلم من معالم مذهبه : يقول « ينبغى النظر إلى القول لا إلى القائل » . وإجماع العلماء على أن المقلد ليس من العلماء.

عليهم وإيجاب الاجتهاد منهم . فالاجتهاد بالاستناد إلى نصوص الكتاب والسنة استعمال مستمر للنصوص فى حدود المقاصد الجامعة لكل مصلحة إسلامية ، وفيه سعة واقتدار على الحركة ، ومسايرة للعصر لتحقيق التقدم الإسلامى ، فى أمنة ويسر .

السبق الفقهى ومعالمه

٣ — بدأ تدوين الفقه منذ أوائل القرن الثانى للهجرة[1] ، بينما لا نجد بين أيدينا كتاباً فى أصول الفقه أسبق تاريخاً من رسالة الإمام الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ . وإن هذا ليبدو متسقاً مع السنة التى نشأت عليها كافة العلوم التقعيدية والأصولية ، إذ تؤلف كتب الضوابط عند ظهور الدواعى إليها ، ولعل من أهم هذه الدواعى فيما أرى ، اختلاف وجهات النظر ، ونشوء التمذهب الفقهى[2] ، وضرورة وجود أسس يبنى عليها الفقيه مذهبه ، ليكون له ولأتباعه سند جدال وقاعدة حجاج ، ولتكون قواعد هذا العلم مرجعاً عند النزاع[3]

(١) الشيخ مصطفى عبد الرازق ، تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ص ١٩٨ وما بعدها — الدكتور على حسن عبد القادر ، نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى ص ١٨١ (مطبعة السعادة ١٩٦٥) — الشيخ محمد الخضرى ، أصول الفقه ص ١٣ (مطبعة السعادة ١٩٦٢) .

(٢) الدهلوى ، حجة الله البالغة ١٥٢ / ١ (الطباعة المنيرية سنة ١٣٥٢ هـ) .

(٣) يقول ابن خلدون « وفيما كان الكلام ملكة لم تكن هذه علوماً ولا قوانين ، ولم يكن الفقيه يحتاج إليها ، لأنها جبلة وملكة ، فلما فسدت الملكة فى لسان العرب قيدها الجهابذة المتجردون لذلك بنقل صحيح ومقاييس مستنبطة صحيحة ، وصارت علوماً يحتاج إليها الفقيه فى معرفة أحكام الله تعالى » المقدمة ص ٣٩٦ (المطبعة البهية) .

ويقول كذلك « ثم نظرنا فى طرق استدلال الصحابة والسلف بالكتاب والسنة ، فإذا هم يقيسون الأشباه بالأشباه منها ، ويناظرون الأمثال بالأمثال بإجماع منهم وتسليم بعضهم لبعض فى ذلك ، فإن كثيراً من الواقعات بعده صلوات الله وسلامه —

وفيا يلي أمثال من معالمه وأمهات الأبواب فيــه ، تنطق بأنه فقه الديمقراطية والاشتراكية ، وفقه التضامن الاجتماعي والتقدم العلمي ، وهو أولا وبالذات فقه الحرية :

١ – المساواة أصل من الأصول في الشريعة بين المسلم والذمي ، والعربي والعجمي ، بل ومع العدو ما دام لا يحارب المسلمين .

٢ – والبيعة العامة أصل لانتخاب الإمام[١] ، وهي تعــدل حق

— عليه لم تندرج في النصوص الثابتة فقاسوها بما ثبت ، وألحقوها بما نص عليه بشروط في ذلك الإلحاق . . . » – ص ٢٩٥ .

ويقول أيضاً « وكان أول من كتب فيه (أي في أصول الفقه) الشافعي ، أملى فيه رسالته المشهورة » – ص ٢٩٧ .

وقال كارل بروكلمان « ويعد الشافعي مؤسس علم أصول الفقه ، الذي يرسم المناهج وينظمها لاستخراج الأحكام من أدلتها ، ويحدد طرق الاجتهاد والاستنباط » – تاريخ الأدب العربي ٢٩٣ / ٣ ترجمة الدكتور عبد الحليم النجار (دار المعارف سنة ١٩٦١) .

وقال السيوطي « وأول من ابتكر هذا العلم الإمام الشافعي رضي الله عنه بالإجماع وألف فيه كتاب الرسالة الذي أرسل به إلى ابن مهدي ، وهو مقدمة كتاب الأم » – إتمام الدراية لقراء النقاية ص ٧٧ (المطبعة الميمنية – مصر سنة ١٣١٨ هـ) .

ومن أجل هذا نجد أن اسم أصول الفقه غدا مقروناً باسم الإمام الشافعي ، حتى قال فخر الدين الرازي « واعلم أن نسبة الشافعي إلى علم الأصول ، كنسبة أرسطاطاليس إلى علم المنطق ، وكنسبة الخليل بن أحمد إلى علم العروض . . . » – مناقب الإمام الشافعي ص ٥٦ – ٥٧ (المكتبة العلامية بمصر) .

(١) وفقاً للراجح في الفكر الإسلامي ، أن السلطان يلي السلطة نتيجة مبايعة هي بمثابة عقد بين المحكومين والحاكم ، وأن طاعة الحاكم واجبة ما دام لم يخرج على حدود ذلك العقد ، فإن هو خرج عليه وأصبح حاكماً ظالماً فإنه لا تجب له طاعة .

وفي هذا الشأن يقول الإمام الغزالي « إن السلطان الظالم عليه أن يكف عن ولايته . وهو إما معزول أو واجب العزل ، وهو على التحقيق ليس بسلطان » – أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين جـ ٢ ص ١١١ .

الانتخاب ، ولا تتجافى مع أشكال الاقتراع وتطورات هــذه الأشكال تبعاً لتطورات النظم الإدارية ووسائل المواصــلات وتقاليد المجتمعات .

٣ – والشورى أصل يقترن مكانه بالصلاة ويجعله الله من صفات المؤمنين[١] ويأمر رسوله المسدّد بالوحي بأن يشاور المسلمين فيما يحزب له من أمور[٢] ، بجلال موضعه من النظام الإسلامي كله . وإنها لتتجلّى في السياسة والحكم ، بالمجلس الدائم للشورى في العصور الأولى ، وباستشارة النبيّ للصحابة . يقول لصاحبيه أبي بكر وعمر : قولا فإني فيما لا يوحى إلي مثلكما . وكان عمر يحول بين أعضاء مجلس الشورى وبين ولاية الأعمال الإدارية ، أي يفصل بين السلطات .

٤ – وولاية المظالم وتعيين محتسب للمطالبة بحقوق الهيئة الاجتماعية يكفل التضامن الاجتماعي وسلامة الســلوك ، حتى فيما لا يمثل جريمة يعاقب عليها بالحدود . ويعتبر خروجاً على القانون ويؤثّم ، بمجرد منافاة الفعل للمصلحة العامة ، فيعاقب عليه[٣] .

(١) يقول الحق تبارك وتعالى « والذين يقيمون الصــلاة ويؤتون الزكاة وأمرهم شورى بينهم » .

(٢) يقول تعالى « . . . فاعف عنهم ، واستغفر لهم ، وشاورهم في الأمر . . . » .

(٣) نشأت ولاية أو وظيفة « الحسبة » في النظم الإدارية للمجتمع الإسلامي بعد صدر الإسلام تأسيساً على مبدأ « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » ، أحد المبادئ الكلية التي يقوم عليها الإسلام ، قال تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ، ويقول تعالى في أن هذه الدعوة أمر والتزام لكل مؤمن « كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » .

وهناك صورتان في أشكال التطبيق العملي لهذا المبدأ : التطوع بالحسبة من الأفراد ، أو شغل ولاية أو وظيفة الحسبة ممن يكلفهم الحاكم بذلك ، وفي هاتين الصورتين يتمثل معنى « الرقابة الدائمة» من الشعب على نفسه وعلى حكامه في مجالين متكاملين ، الأول : إقامة المعروف إذا ظهر تركه ، والثاني : النهي عن المنكر وإزالته إذا ظهر فعله ، وكلتا الصورتين تنفي عن المجتمع صفة « اللامبالاة » الخطرة على وعيه السياسي ، والتزامه الاجتماعي . —

٥ — ونظام العقوبات هو النظام الأمثل : الحدّ يمثل العقاب على الجرائم التي يفسد بها المجتمع فساداً لاصلاح بعده ، والتعزير يسع كل القوانين الجنائية المعمول بها في الفقه المعاصر ، ثم يزداد شمولاً وسمواً فيسع الهنات والفرطات ، ويعاقب عليها لتصلح أخلاق العباد ، وهكذا سما المجتمع الإسلامي وسمق بالحفاظ على روح الشريعة .

٦ — والعمل حق وواجب ، بل كسبه أفضل الكسب ، يقول عليه الصلاة والسلام « أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده » .

٧ — وطلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة ، وبهذه الفريضة انفتحت المساجد والجوامع للتعليم إلى جوار العبادة ، فجوامع الإسلام الكبرى هي جامعاته التاريخية .

— وكان على المحتسب واجب البحث والاستقصاء ، كما أنه مكلف بمتابعة كل شكوى تتعلق بمهامه ، وله أن يتخذ مساعدين ، ولكن ليس له أن يجاوز عمله فيدخل في اختصاص غيره كالقضاء مثلا .

ولم تعرف ولاية الحسبة بذاتها في العصر الأول للخلفاء الراشدين ، وإنما عرف القضاء من بادئ الأمر « فريضة محكمة وسنة متبعة » .

ثم دعا تنظيم الدولة الإدارى مع ازدهار الحضارة ، وضعف الوازع مع غلبة الأهواء ، إلى استحداث جملة وظائف منها الحسبة .

وفي كتب الفقه التي دونت في القرن الخامس الهجرى ، مثل كتاب الأحكام السلطانية للماوردى ، وكذلك في الكتب التي عنيت ببيان أحكام الإمامة والإمارة وما نسميه اليوم « القانون العام » نجد بياناً واضحاً عن أحكام ولاية الحسبة ، وكل ما يتعلق بها من التفاصيل التي تدل على أهميتها في نظام الدولة .

ولقد كان العصر الذهبي للحسبة والمحتسب هو عصر حكومة المماليك (٦٤٨ — ٩٢٣ هـ) وهو عصر زاهر من عصور مصر والدولة الإسلامية ، فقد اتسع بوازع السلطان عمل والي الحسبة فشمل ضبط الأسواق والمكاييل والموازين ومنع الغش والتلاعب ، كما كان له في ذلك حق إصدار اللوائح .

وأياً كان الأمر في شأن الحسبة ، فإن أساسها يكمن في هذا المبدأ القويم ، وهو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، كما يؤكد سلامة وأصالة الأساس الذى تملكه في ديننا وشريعتنا عن مصدر القاعدة القانونية التي تحكم المجتمع وتنظم علاقة الأفراد ، وتحكم فوق كل هذه العلاقات التحكمية العقيمة التي تحفل بها نظريات الغرب عن الفكر السياسى وشرعية القوانين

٨ — والفقه الإسلامى عموماً يجعل « الحق منحة من الشارع » فلا يسوغ أن يستعمل الناس منحة منّ بها عليهم إلا فيما يرضاه الله .

وبهذا الفهم العميق لنظرية الحق استغرق الفقه الإسلامى ، كل الاستغراق ، محاولات أهل القانون المعاصر في الشرق والغرب من جراء « إطلاق » الحقوق أو « تخصيصها » أو « التعسف في استعمالها » وأصبح الأصل حسن النية ، وأحكمت قاعدة المسئولية ، وأرسى المجتمع على أساس التضامن الاجتماعى .

٩ — والفقه الإسلامى الذى يرسي قواعد « التضامن الاجتماعى » هو الذى جعل الإنسان « مستخلفاً في مال الله » سبحانه ، فيحلّ المشاكل التى أقضت مضاجع السياسيين والمشرّعين والثوار منذ القرن الثامن عشر . إنه يأمر بإحسان الأداء لا بمجرد الوفاء ، ويوجب دفع الزكاة إلى مستحقها ، كما تدفع الضرائب ، لا أن تدفع إلى من يهواه دافعها ولا إلى من له مصلحة معه . ويوجب دية القتيل على العاقلة من العائلة فيضيف ضمان الأسرة كلها لنفع المال للمضرور ، ويجعلها على الديوان في بعض الأحيان . ويخصّص جزءاً من المستحق على الناس لسداد ديون الغارمين ، ويبيح التضامن بين أبناء الحرفة الواحدة ، ويحمل الدولة مسئولية فساد القضاء والإفتاء . وهو الذى يعامل معاملة القاتل من يمتنع عن إطعام جائع فيموت . وهو الذى يجعل للضعيف حقاً ولمن لا مأوى له حقاً لدى من لديه فسحة ، ثم يمدّ التضامن الاجتماعى لكل مخلوق .

١٠ — الفقه الإسلامى الذى يرى الإباحة هى الأصل والحرية هى الأصل[1] ، يبيح للناس أن ينشئوا ما يرون من العقود والشروط ، إلاّ أن يحلوا

(١) كان الأوربيون في انتظار الثورة الفرنسية في سنة ١٧٩٨ لتقرير الحرية والإخاء والمساواة ، في حين تقررت هذه المبادئ للمجتمع الإسلامى في نصوص القرآن وأحاديث الرسول في عمله وعمل من جاءوا على أثره ، وما هى إلا عناصر مبدأى المشروعية والعدالة اللذين تريد لتبلغهما النظريات القانونية المعاصرة ، في حين تناهى الفقه الإسلامى في تطبيقها حتى بلغ الذروة — الأستاذ عبد الحليم الجندى في مقاله السابق .

حراماً أو يحرموا حلالاً ، وأن القصد هو روح العقد ومحوره ومبطله ، وهذا يقابل فى الفقه الغربى مبدأ سلطان الإرادة وعدم التقيد بالأشكال والإجراءات الذى لم تبلغه أوربا إلا فى القرن التاسع عشر . وبهذا انضبط شكل التعاقد إلى جوار سببه ، وأحكمت الأحكام المترتبة عليه ، وصارت الدائرة العقدية « دائرة فاضلة » ، تخدم المجتمع الفاضل .

اهم اهداف الشريعة الاسلامية

٤ — كان أهم هدف للشريعة الإسلامية هو تحرير الإنسان ، ورفع شأنه ، وتوفير أسباب العزة والكرامة والشرف له ، امتداداً لتكريم الله — سبحانه — الذى أعلن تكريمه وتفضيله لجميع أفراد النوع الإنسانى ، فى قوله تعالى : «ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضّلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا (١)».

أقول : إن أهم غاية للشرع الإسلامى هى تكريم الإنسان وتحريره ، وتحقيق العدل والخير والسعادة له فى الدنيا والآخرة ، وفى ذلك يقول الله

(١) الآية ٧٠ سورة الإسراء .

وكان من مظاهر تكريم الله سبحانه للإنسان خلقه له فى أحسن تقويم فى صورتيه المادية والمعنوية « لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم » — الآية ٤ من سورة التين . كما شرفه فاختاره خليفة فى الأرض ، وأسجد له الملائكة « وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة ، قالوا : أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك ، قال : إنى أعلم ما لا تعلمون ، وعلم آدم الأسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال : أنبئونى بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين ، قالوا سبحانك ، لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم ، قال : يا آدم أنبئهم بأسمائهم ، فلما أنبأهم بأسمائهم ، قال ألم أقل لكم إنى أعلم غيب السموات والأرض وأعلم ما تبدون وما كنتم تكتمون ، وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين » — الآيات ٣٠ — ٣٤ من سورة البقرة . كما سخر له ما فى السموات والأرض وأتم عليه النعم « ألم تروا أن الله سخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض وأسبغ عليكم نعمه ظاهرة وباطنة » — الآية ٢٠ من سورة لقمان . « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً » ، وآتاكم من كل ما سألتموه وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها . . » الآية ٣٤ من سورة إبراهيم .

تعالى : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » ، بهذا الأسلوب الذى يفيد ، كما يقرر علماء البلاغة ، حصر الرسالة الإسلامية فى تحقيق الرحمة العامة الشاملة للعالمين جميعاً ، على اختلاف أجناسهم وألوانهم ، وعلى امتداد ماتهم ومكانهم ، حين يستجيبون لها ويستضيئون بنورها(١) .

وتحقيق هذه الرحمة السابغة لا يكون إلا بتحقيق العدل والمساواة والكرامة والحرية للناس جميعاً ، فى ظل من الشعور بالأخوة الإنسانية والنسب الواحد ، ذلك الشعور الذى يجعل هذه الحقوق الإنسانية أمراً فطرياً طبيعياً ، وقدراً مشتركاً بين جميع أفراد السلالة البشرية ، يستند إلى وحدة الأصل والمنشأ ، وتساوى الأخوة فى الحقوق والواجبات ، ولذلك يذكّر القرآن بذلك ويلفت الأنظار إليه ، فينادى « يا بنى آدم » فى آيات كثيرة (٢) ، تنبيهاً إلى هذه الرابطة النسبية المشتركة التى تقتضى التعارف والتعاطف ، وأن يحب الأخ لأخيه ما يحبه لنفسه من كرامة وحرية (٣).

(١) كما يقول سبحانه « وننزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين » ويقول « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شىء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين » — الآية ٨٩ من سورة النحل .

(٢) « يا بنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين » « يا بنى آدم إما يأتينكم رسل منكم يقصون عليكم آياتى . . » ، ويوضح ذلك فيقول « يأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء » « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا) — الآية ١٣ من سورة الحجرات .

(٣) ويقول الأستاذ الشيخ زكريا البرى إن الإسلام ، كشريعة سماوية جاءت لهداية البشرية ، وإخراجها من ظلمات الجهل والبغى والتعصب والاستبداد ، إلى نور العلم والعدل والسماحة والحرية ، لا يؤخذ ولا تعرف أحكامه من السلوك المعمل لبعض المسلمين ، وبخاصة فى عصور الجهل والضعف والتفرق ، والتأثر بمعاملة أعدائهم ومحاربتهم لهم حرباً تخرجهم عن صواب وآداب دينهم — أنظر مقاله الإسلام وحقوق الإنسان ، المجلد الأول ، العدد الرابع من عالم الفكر ص ١٠٠ .

وفى مثل هذا يقول الإمام محمد عبده « ولست أبالى إذا انحرف بعض المسلمين عن هذه الأحكام عندما بدأ الضعف فى صفوفهم ، وضيق الصدر من طبع الضعيف ، فذلك مما لا يلصق بطبيعته ، ولا يختلط بطينته » — الإسلام والنصرانية ص ٢٠ =

وتتفرع شجرة الحرية إلى : حرية دينية ، وحرية فكرية ، وحرية مدنية ، وحرية سياسية .

الحرية الدينية

٥ — وهى الحرية التى تقتضى أن يكون لكل إنسان اختيار كامل للعقيدة التى يعتنقها ويؤمن بها ، من غير ضغط ولا إكراه خارجى .

وفى هذا الجانب من الحرية يقرر القرآن الكريم ، فى سور وآيات كثيرة[1]، أن كل إنسان حر فى دينه وعقيدته ، لا سلطان لأحد عليه فيها ،

= والصحابة رضوان الله عليهم ، مع علمهم وفضلهم ، لم تكن أقوال أحدهم أو أفعاله ، عند المحققين ، حجة إسلامية فى ذاتها ، ودليلا شرعياً يعتمد عليه فى معرفة هذه الأحكام . وفى ذلك يقول الشوكانى « إن الله سبحانه وتعالى لم يبعث إلى هذه الأمة إلا نبينا محمداً — صلى الله عليه وسلم — والأمة كلها مأمورة باتباع الكتاب والسنة ، لا فرق بين الصحابة ومن بعدهم . . . ولا شك أن مقام الصحبة مقام عظيم ، ولكن فى الفضيلة وارتفاع الدرجة وعظم الشأن ، ولا تلازم بين هذا وجعل الواحد منهم مشرعاً كالرسول . . . » — إرشاد الفحول ص ٢١٤ — وانظر أعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٠٢ — ١٢٦ للفقيه ابن القيم الذى استدل على حجية قول الصحابى بأدلة متعددة — وانظر الأحكام للآمدى جـ ٣ ص ١٠٣ .

لما وافق أحكام الشريعة من الأقوال والأفعال كان استجابة وتطبيقاً لها والتقاءً معها ، وما خالفها كان خروجاً عليها ومحادة لها ومردوداً فى وجه صاحبه . والرسول يقول « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » .

(١) ينفى القرآن الكريم الإكراه فى الدين بلا النافية للجنس ، نفياً شاملا مستغرقاً لجميع أنواعه وصوره وأفراده ، ويترتب على ذلك النهى عنه وترتيب العقاب عليه ، فيقول سبحانه « لا إكراه فى الدين ، قد تبين الرشد من الغى ، فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله ، فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها ، والله سميع عليم » .

ويقول « وإن أسلموا فقد اهتدوا ، وإن تولوا فإنما عليك البلاغ » « كذلك فعل الذين من قبلهم ، فهل على الرسل إلا البلاغ المبين » .

ويتكرر هذا القصر لمهمة الرسول على إبلاغ رسالته أكثر من عشر مرات فى القرآن الكريم ، محدداً موقفه من المكذبين والمعرضين ، بما يؤصل المبدأ الإسلامى فى حرية الاعتقاد وإلزاماً لكل إنسان بما يعتقد « فإن أعرضوا فما أرسلناك

فالعقيدة اقتناع داخلى ، وعمل باطنى[1] ، لا يجدى فيها الإكراه ولا يحقق غرضاً صحيحاً .

حرية المرتد

والمرتد هو المسلم الذى ينكر أمراً ثابتاً ثبوتاً قطعياً يقينياً فى الدين الإسلامى ، كأن ينكر افتراض الصلاة أو الصوم أو الزكاة أو الحج ،

= عليهم حفيظاً ، إن عليك إلا البلاغ » « . . . وإن كان كبر عليك إعراضهم فإن استطعت أن تبتغى نفقا فى الأرض أو سلما فى السماء فتأتيهم بآية ولو شاء الله لجمعهم على الهدى فلا تكونن من الجاهلين » .

يقول الزمخشرى : لم يجر الله أمر الإيمان على الإجبار والقسر ، ولكن على التمكين والاختيار .

ويقول الجلال فى تفسيره : (لا إكراه فى الدين) أى على الدخول فيه (قد تبين الرشد من الغى) أى ظهر بالآيات البينات أن الإيمان رشد والكفر غى .

ويقول الزمخشرى فى تفسير الآية « وقل الحق من ربكم ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » والمعنى جاء الحق وزاحت العلل فلم يبق إلا اختياركم لأنفسكم ما شئتم من الأخذ فى طريق النجاة أو فى طريق الهلاك . وجىء بلفظ الأمر والتخيير لأنه لما مكن من اختيار أيهما شاء فكأنه مخير مأمور بأن يتخير ما شاء من النجدين » — وانظر تفسير الجلالين وحاشية للصاوى .

(١) يقول الإمام محمد عبده « إن الدين معاملة بين العبد وربه ، والعقيدة طور من أطوار القلوب ، يجب أن يكون أمرها بيد علام الغيوب ، فهو الذى يحاسب عليها ، وأما المخلوق فلا تطول يده إليها ، وغاية ما يكون من العارف بالحق أن ينبه الغافل ، ويعلم الجاهل ، وينصح الغاوى ، ويرشد الضال » — الإسلام والنصرانية مع العلم والمدنية ص ٦٩ ط دار المنار .

— وعلى هذا المعنى استقرت أحكام محكمة النقض التى تجرى بأن « الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية ، ولا يجوز لقاضى الدعوى أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها ودواعيها » — نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٧٠ ، س ٢١ ص ٩٦ .

— فلا يتوهمن أحد إذن أن نص دستور جمهورية مصر العربية فى المادة ٤٦ على أن « تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية » ، التزام بوثيقة حقوق الإنسان التى أعلنتها الأمم المتحدة ، منذ أقل من ربع قرن ، ذلك أنها فى الحق أصل من أصول العقيدة الإسلامية كما رأينا .

أو ينكر حرمة شرب الخمر . ويرى الفقهاء أنه إن كانت له شبهة فيما ذهب إليه ، أزالها له العلماء وبينوا له الصواب ، ثم يمهل للبحث والتروّي ، فإن تاب ورجع قُبلت توبته ، وإن أصرّ على رأيه قتل إن كان رجلاً باتفاق الفقهاء[1] مستدلّين بقول الرسول « من بدل دينه فاقتلوه » .

---

(١) ويبدو أن الإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت شيخ الجامع الأزهر لا يرى هذا الرأى ، حيث يقول : وقد يتغير وجه النظر فى هذه المسألة إذا لوحظ أن كثيراً من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بخبر الآحاد ، وأن الكفر بنفسه ليس مبيحاً للدم ، وإنما المبيح للدم هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم ، ومحاولة فتنتهم عن دينهم – الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٨٨ – ٢٨٩ .

وانظر تاريخ التشريع الإسلامى للشيخ محمد الخضرى ص ٩٧ وما بعدها حيث أورد العقوبات الدنيوية الثابتة بالقرآن ، ثم قال : وليس فى القرآن من الأجزية غير ذلك ، وقد بينت السنة حداً سادساً وهو حد شرب الخمر ، ولم يذكر حد الردة .

وانظر الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى الزرقا ج ٢ ص ٦١٥ حيث لم يذكر حد الردة بين الحدود .

ونحن نرى أن القول بقتل المرتد لا يمكن أن يكون عقوبة على الفكر ذاته ، بدليل أن غير المسلمين من اليهود والمسيحيين الأصليين قد كفل لهم الإسلام حرية العقيدة من غير إكراه ولا تضييق ، وإنما يكون عقوبة على الخيانة الكبرى التى قام بها المرتد حين ادعى الدخول فى الإسلام زورا وبهتانا ثم أعلن خروجه منه قصداً للإساءة إليه ، وانضم إلى صفوف أعدائه لمحاربته والكيد له . يؤيد هذا النظر قول أبى حنيفة بعدم قتل المرأة المرتدة استناداً منه إلى القياس ، وهو أحد الأدلة الشرعية ، حيث قاس المرتدة التى طرأ عليها الكفر على الكافرة الأصلية ، وقد نهى الرسول عن قتل النساء ، لما رأى امرأة مقتولة ، وقال : ما كانت هذه لتقاتل . ومعنى هذا أن أبا حنيفة لا يعتبر قتل المرتد بسبب كفره ، ولهذا اقتصر على قتل الرجل المحارب .

– هذا ولا تثور قضايا الردة فى العصر الحاضر ، إلا بالنسبة لصورة أخرى من صور الخداع والتحايل ، فقد لوحظ فى بعض البلاد الإسلامية أن بعض الناس يعلنون إسلامهم ، لدنيا يصيبونها ، أو امرأة يتزوجونها ، أو يطلقونها ، أو جريا وراء ميراث ، حيث يعتبر اختلاف الدين مانعاً من موانعه بين المسلمين وغيرهم – أنظر فى ذلك « الوسيط فى أحكام التركات والمواريث » للأستاذ الشيخ زكريا البرى .

وهؤلاء يتخذون الأديان هزواً ولعباً إذ يستمرون على ولائهم لدينهم الأصلى ، –

الحرية الفكرية

٦ – العقل خاصة الإنسان وامتيازه وشرفه ، وهو مناط التكليف والخطاب الإلهى ، فبالعقل كان الإنسان إنساناً ، وكان امتيازه وتفضيله على غيره[1] .

– ثم يعلنون العودة إليه بمجرد تحقيق أغراضهم وشهواتهم ، أو يأسهم من تحققها ، آمنين من العقاب على هذا العبث والتحايل .

ولا علاج لذلك إلا فى أحد أمرين : أولهما عدم الاعتداد بإسلام هؤلاء ، مادام يقترن به ما يدل على التحايل والولاء لدينهم الأول ، وهو ما يراه بعض الفقهاء ، وما اتجه إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد فى جمهورية مصر العربية ، إذ قرر فى المادة ٤٥٨ « إن الشخص يكون مسلما إذا نطق بالشهادتين على وجه قاطع بالدخول فى الإسلام غير محتمل للتحايل ولا مقترن بما ينافى الإسلام . . . » ، وحينئذ تنقطع حوادث الردة . وثانيهما : العمل برأى جمهور الفقهاء فى عقوبة المرتد حماية للعقيدة الدينية الإسلامية ، من عبث العابثين ، وحينئذ لن يعلن الدخول فى الإسلام إلا صادق العقيدة والإيمان ، وحينئذ تنقطع حوادث الردة أيضاً – أنظر فلسفة العقوبة فى الإسلام للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٩٢ وما بعدها – الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ص ٦٨١ وما بعدها .

ومن أظهر الأدلة على سماحة الإسلام وكفالته لحرية العقيدة ، ما شرعه من إباحة الزواج بالمرأة الكتابية غير المسلمة . يقول الشيخ محمد عبده « أباح الإسلام للمسلم أن يتزوج الكتابية ، نصرانية كانت أو يهودية ، وجعل من حقوق الزوجة الكتابية على زوجها المسلم أن تتمتع بالبقاء على عقيدتها ، والقيام بفروض عبادتها ، والذهاب إلى كنيستها أو بيعتها . . . أيذهب عنك ما يستحكم من ربط الألفة بين المسلم وغير المسلم بأمثال هذا التسامح الذى لم يظهر عند من سبق ولا لحق من أهل الدينين السابقين عليه . . . » الإسلام والنصرانية ص ١٣١ .

هذا ويبنى على حرية العقيدة الدينية إطلاق الحرية لصاحبها فى القيام بعباداتها وممارسة شعائرها ، والعمل بشريعتها ، فقد « أمرنا بتركهم وما يدينون » .

(١) يقول القرطبى فى تفسير قوله تعالى « ولقد كرمنا بنى آدم . . وفضلناهم على كثير من خلقنا تفضيلا » . . . والصحيح الذى يعول عليه أن التفضيل إنما كان بالعقل ، الذى هو عمدة التكاليف ، وبه يعرف الله ، ويفهم كلامه » ، وفى هذا المعنى يقول الغزالى « إن العقل كالأساس والشرع كالبناء ، ولن يغنى أساس ما لم يكن بناء ، ولن يثبت بناء ما لم يكن أساس ، والعقل كالبصر ، والشرع كالشعاع ، ولن يغنى بصر ما لم يكن شعاع من خارج ، ولن يغنى الشعاع ما لم يكن بصر . . والعقل كالسراج ، والشرع كالزيت الذى يمده ، فما لم يكن زيت لم يحصل السراج ، وما لم يكن سراج لم يضىء زيت » – معارج القدس ص ٥٩ .

والتفكير فطرة الإنسان وعمل العقل ورسالته ، حتى إن المناطقة يعرفون الإنسان بأنه حيوان ناطق ، أي مفكر ، والتفكير بعد ذلك فريضة إسلامية ، أمر القرآن بها وحضّ عليها(١) .

ولهذا ذهب العلماء إلى أن الإيمان عن تقليد محض لا اعتداد به . يقول الإمام محمد عبده : « إن التقليد بغير عقل ولا هداية شأن الكافرين ، وإن المرء لا يكون مؤمناً إلا إذا عقل دينه وعرفه بنفسه ، حتى اقتنع به ، فمن ربي على التسليم بغير عقل ، وعلى العمل ولو صالحاً بغير فقه ، فهو غير مؤمن . فليس القصد من الإيمان أن يذلل الإنسان للخير كما يذلل الحيوان ، بل إن القصد أن يرتقي عقله وترتقي نفسه بالعلم ، فيعمل الخير

(١) يقول الله سبحانه « قل سيروا في الأرض ثم انظروا كيف كان عاقبة المكذبين » « أفلم يسيروا في الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها ، فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور » « قل إنما أعظكم أن تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا » ، يقول الزمخشري : والمعنى أنما أعظكم بواحدة إن فعلتموها أصبتم الحق ، وهي أن تقوموا لوجه الله خالصاً متفرقين اثنين اثنين وواحداً واحداً ، ثم تتفكروا في أمر محمد وما جاء به . أما الاثنان فيتفكران ويعرض كل واحد منهما محصول فكره على صاحبه ، وينظران فيه نظر متصادقين متناصفين لا يميل بهما أتباع الهوى . . . حتى يهجم بهما الفكر الصالح والنظر الصحيح على جادة الحق وسننه ، وكذلك الفرد يفكر في نفسه بعدل ونصفة من غير أن يكابرها ، ويعرض فكره على عقله وذهنه » .

ويسأل إبراهيم عليه السلام ، وهو خليل الرحمن ، ربه كيف يحيي الموتى ليطمئن قلبه ؛ فلا ينكر عليه ذلك ويستجيب له « وإذ قال إبراهيم رب أرني كيف تحيي الموتى ؟ قال أو لم تؤمن ؟ قال : بلى ، ولكن ليطمئن قلبي ، قال : فخذ أربعة من الطير فصرهن إليك ، ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً ثم ادعهن يأتينك سعياً . واعلم أن الله عزيز حكيم » .

ويروي مراحل البحث التي مر بها عليه السلام حتى وصل إلى الإيمان واليقين عن استقراء وتفكير ، ليقتدي ويهتدي « وكذلك نري إبراهيم ملكوت السموات وليكون من الموقنين ، فلما جن عليه الليل رأى كوكباً قال هذا ربي فلما أفل قال : لا أحب الآفلين . . . » الآيات ٧٥ — ٧٨ من سورة الأنعام — يقول الزمخشري : (ملكوت السموات والأرض) يعني الربوبية والألوهية ونوفقه لمعرفتها ونرشده بما شرحنا صدره وسددنا نظره وهديناه لطريق الاستدلال .

وهو يعتقد أنه الخير النافع المرضي لله ، ويترك الشر وهو يفهم سوء عاقبته ودرجة مضرته »(١) .

وإذا كان هذا هو البحث الحرّ في جانب العقيدة ، وهي أساس الدين ، فإن الشريعة ، وهي الجانب العملي منه ، يطالب الإسلام فيها الاجتهاد والتفكير واستنفاد الوسع والطاقة من كل قادر على معرفة الحكم المقصود من القرآن الكريم أو السنة النبوية ، ثم يطلق للعقل استنباط الأحكام غير المنصوص عليها ، قياساً على ما جاءت به النصوص ، أو بناء على ما يراه في الحكم من مصلحة جاءت الشريعة لتحقيقها ، أو مفسدة جاءت لمنعها ، أو تطبيقاً للقواعد الشرعية ، ونحو ذلك . فإذا أصاب المجتهد في اجتهاده كان مأجوراً على الاجتهاد وعلى الصواب ، وإن أخطأ كان معذوراً مأجوراً على الاجتهاد(٢) .

وقد كانت الحرية الفكرية أساساً لوجود المذاهب الفقهية ، وتعددها . ثم لم يكن أحد من الفقهاء يرى أن أقواله تلزم أحداً ، ولا أن رأيه الحق الذي لا يأتيه الباطل ، بل كان كل منهم يرى مذهبه صواباً يحتمل الخطأ ، ومذهب مخالفه خطأ يحتمل الصواب(٣) .

وكان أبو حنيفة يقول : هذا رأي أبي حنيفة وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاءنا بخير منه فهو أولى بالصواب .

(١) كما يقول : « إن الإيمان يعتمد اليقين ، ولا يجوز الأخذ فيه بالظن ، وإن العقل هو ينبوع اليقين في الإيمان بالله وعلمه وقدرته » — الإسلام والنصرانية ص ١١٣ .

(٢) لما سئل أبو بكر عن ميراث الكلالة قال : أقول فيها برأيي ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمن الشيطان .

يقول الفراء : الكلالة ما عدا الولد والوالد ، سموا كلالة لاستدارتهم بنسب الميت ، من تكلله الشيء إذا استدار به . ويقول ابن الأثير : الأب والابن طرفان ، فإذا مات الشخص ولم يخلفهما فقد مات عن ذهاب طرفيه ، فسمى ذلك كلالة من الكلال وهو الضعف ، فالكلالة تطلق على الوارث والمورث (أنظر تفسير القرطبي ج ٥ ص ٧٦ ولسان العرب والمصباح المنير .

(٣) أنظر الفقه الإسلامي في ماضيه وحاضره ومستقبله ص ١٤ .

ثم كان الإمام مالك يقول : أنا بشر أخطىء وأصيب ، فانظروا فى رأيى ، فما وافق الكتاب والسنة فخذوا به ، وما لم يوافق فاتركوه .

ويقول الفقيه المزنى صاحب الشافعى وتلميذه : هـذا ما سمعته من الشافعى ، بعد أن نهانى عن تقليده أو تقليد غيره[1] .

ثم يقول الإمام أحمد بن حنبل : لا تقلدنى ولا تقلد مالكاً ، ولا تقلد الليث ولا الأوزاعى ، وخذ من حيث أخذوا .

والاجتهاد يعنى بذل الجهد فى معرفة أحكام الشرع الإسلامى ، حق ثابت لكل من منحه الله سبحانه أهلية النظر والبحث ، بل إنه من الواجبات الكفائية التى يتوجه فيها الطلب إلى الجماعة ، وتأثم الأمة كلها إذا قصرت فى القيام به ، ولم تقم بإعداد القادرين عليه[2] .

وليس معنى فتح باب الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية فى حرية فكرية ، أن يتصدّى له من لم يتأهل له ، ولا يكون فى هذا حجر على هذه الحرية الفكرية ، وإنما هو الحماية لها ، وليس فى هذا كهنوتية إسلامية ، وإنما هو التخصّص والأهلية ، والقول بغـير ذلك يؤدى إلى الفوضى والبلبلة الفكرية .

والعقل والنقل فى ميدان النظر والبحث والتفكير صنوان لا يفترقان ، ولا يستغنى أحدهما عن الآخر ، وقد اتفق علماء الإسلام ، إلاّ قليلاً ممن لا ينظر إليه ، على أنه إذا تعارض العقل والنقل أخذ بما دلّ عليه العقل ، وبقى فى النقل طريقان : طريق التسليم بصحة المنقول مع الاعتراف بالعجز

(١) أنظر الإمام الشافعى ، ناصر السنة وواضع الأصول ، للمستشار عبد الحليم الجندى ط ١٩٦٧ .

(٢) يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى « ليس الاجتهاد ممكناً عقلا فقط ، بل هو ممكن عادة ، وطرقه أيسر مما كانت فى الأزمنة الماضية . . . وإن الزمن لم يتغير من خلقة الإنسان ، وإن العقول لم تضمر ، وإن الطبيعة باقية فى الإنسان كما كانت فى العصور الماضية – بحوث فى التشريع الإسلامى ص ٢٠ .

عن فهمه ، وتفويض الأمر لله فى علمه ، وطريق تأويل النقل على المحافظة على قوانين اللغة ، حتى يتعين معناه مع ما أثبته العقل[1] .

الحرية المدنية

٧ – ويراد بها أن يكون للإنسان حرية التصرف فى أموره الشخصية والمالية .

وقد أرسى الإسلام دعائم هذه الحرية ، وجعل لكل فرد سيادة ذاتية : يملك ويرث ويبيع ويرهن ويشترى ويقف ويتصدق ويوصى ويتزوج ، ويتصرف بما يحقق المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية . وإذا كان قد حجر فى بعض التصرفات المالية على السفيه وذى الغفلة ، فإن الأساس والهدف هو صيانته والمحافظة على ماله والحرص على مصلحته[2] .

الحرية السياسية

ويراد بها أن يكون لكل إنسان ذى أهلية الحق فى الاشتراك فى توجيه سياسة الدولة فى الداخل والخارج وفى إدارتها ومراقبة السلطة التنفيذية .

وقد تبينا موقف الإسلام وحرصه عليها ، حين وجدناه يرسى دعائم الحكم على أساس من الشورى لجميع المسلمين[3] .

(١) الإسلام والنصرانية مع العلم والمدنية ص ٥٢ .
ويقول الإمام الغزالى « . . إن الرجل الذى يقبل على القرآن دون أن يستخدم عقله فى فهمه شبيه بمن يغمض عينيه حتى لا يرى هذا الضياء ، وعندئذ لا يفترق عن فقد بصره عن سبيل الحقيقة . . . » – أنظر معارج القدس ص ٥٩ – ٦١ .

(٢) بل إن الإمام أبا حنيفة لا يرى السفه ، وهو عدم الإحسان فى التصرفات المالية ، وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، موجباً للحجر على السفيه ، إذ فى الحجر عليه إهدار لآدميته وكرامته محافظة على ماله ، وآدميته وحريته وكرامته أهم من ماله ، فلا يضيع الأعلى بسبب الأدنى .

أنظر « أبو حنيفة بطل الحرية » الأستاذ عبد الحليم الجندى ص ٢٧٢ حيث يقول : إن ما يقول به أبو حنيفة من عدم الحجر على السفيه ينفرد به الإنجليز اليوم فى شرائعهم .

(٣) أنظر ص ٢٥ .

وهذه الشورى المحققه للحرية السياسية واجبة فى الشريعة الإسلامية ، ورأى أهل الشورى ملزم للحاكم . وقد ذهب الإمام محمد عبده إلى أن قول الله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون » أول دليل على أن الحكومة الإسلامية تقوم على الشــورى ، وأنها أقوى فى دلالتها على ذلك من قول الله تعــالى « وشاورهم فى الأمر » وقوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » لأن أمر الرئيس بالمشاورة وإن كان يقتضى وجوبها عليه ، إلا أنه لا يوجد ضمان لامتثال هذا الأمر . أما قوله تعالى « ولتكن منكم أمة . . . » فيفرض على المسلمين أن يكون منهم جماعة متحدون أقوياء يتولون الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وهم أهل الشورى(١).

وهذا أبو بكر يرى قتال المرتدين الذين امتنعوا عن أداء الزكاة بعد وفاة الرسول ، دون أن يجد من الصحابة موافقة تامة على ذلك ، فيستمر فى الدفاع عن رأيه حتى يقتنع أهل الشورى به ، ويعبر عن ذلك عمر بقوله : « والله ما هو إلا أن رأيت الله قد شرح صدر أبى بكر للقتال فعرفت أنه الحق » وهذا عمل لا يتنافى مع الديمقراطية والحرية السياسية(٢).

وخير للجماعات أن تخطىء وهى حرة الإرادة فى أمر نفسها وأن تتعلم من تجاربها ، من أن يفرض عليها رأى ولو كان صواباً ، فإن ضغط الإرادة وما يترتب عليه من الضيق والإعنات والإرهاق النفسى ، أشد ضرراً فى حياة الأمة ، حاضرها ومستقبلها(٣) .

---

(١) ويرى السيد رشيد رضا وجوب الشورى والعمل بنتيجتها – تفسير المنار جـ ٤ ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) الديمقراطية الإسلامية للأستاذ الدكتور عثمان خليل ص ٢٨ .

(٣) أنظر المجتمع الإنسانى فى ظل الإسلام للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة (من بحوث مجمع البحوث الإسلامية سنة ١٩٦٦) .

ويقول الإمام محمد عبده « الخليفة عند المسلمين ليس بالمعصوم ، ولا هو مهبط الوحى ، ولا من حقه الاستئثار بتفسير الكتاب والسنة ، وهو على هذا لا يخصه الدين بمزية فى فهم الكتاب والعلم بالأحكام ، ويرتفع به إلى منزلة خاصة ، بل هو وسائر طلاب العلم سواء ، إنما يتفاضلون بصفاء العقل وكثرة الإصابة فى الحكم . –

الشريعة وسيلة النهضة

٩ – فى ختام هذا التمهيد ، نستطيع أن نقول بحق إن الشريعة تختلف فى طبيعتها تماماً عن طبيعة القانون ، وإن القانون لا يساويها كما لا يصح إجراء القياس بينهما كما سنرى . إن شهادة التاريخ الرائعة والدامغة معاً لتقف فى جانب الشريعة الإسلامية ، فلقد مر عليها قرابة أربعــة عشر قرناً ، تطورت فيها الأفكار والآراء وتغيرت قواعد القانون الوضــعى ونصوصه مرات ومرات لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بينما ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات وأكفل بتنظيمهم وسد حاجاتهم ، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم .

والأمة الإسلامية تعرف بفطرتها أن صلاح حالها لا يكون إلا بالعودة إلى الشريعة ، أى إلى قوانين الشريعة ، لا مجرد العبادات ، وكلما رامت إصلاحاً ولت وجهها شطر الشريعة(١) ، كالناس الذين يلجئون إلى الله كلما حزبتهم الأمور ، عالمة أن باب الاجتهاد لمواجهة التطور مفتوح على مصراعيه بل مأمور به .

ولما نهضت لمواجهة مشاكلها فى أخريات القرن الماضى ، بالالتجاء إلى الشريعة ، وأتتها فروع الفقه الإسلامى فى كتب السلف الصالح ، وثبت لها أن الفقه الإسلامى قد سبق الثورة الفرنسية قدرما سبق المسلمون أهل أوربا بأكثر من ألف عام .

وليس أظهر فى التقدم من تقدم القانون فى إحدى الحضارات عنه فى الأخرى ، فالقوانين فحوى الحضارات وضوابطها .

---

* ثم هو مطاع مادام على المحجة ونهج الكتاب والسنة ، والمسلمون له بالمرصاد ، فإذا انحرف عن النهج أقاموه عليه ، وإذا اعوج قوموه بالنصيحة والإعذار إليه . فالأمة هى التى تنصبه ، وهى صاحبة الحق فى السيطرة عليه .

وليس فى الإسلام سلطة دينية سوى سلطة الموعظة الحسنة ، والدعوة إلى الخير ، والتنفير من الشر ، وهى سلطة خولها الله لأدنى المسلمين يقرع بها أنف أعلاهم ، كما خولها لأعلاهم يتناول بها أدناهم – الإسلام والنصرانية ص ٥٨ – ٦١

(١) نص دستور جمهورية مصر العربية فى المادة الثانية على أن « مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع » ، وعلى هذا أيضا نص دستور دولة الكويت .

وهذه الشورى المحققه للحرية السياسية واجبة في الشريعة الإسلامية ، ورأى أهل الشورى ملزم للحاكم . وقد ذهب الإمام محمد عبده إلى أن قول الله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون » أول دليل على أن الحكومة الإسلامية تقوم على الشـــورى ، وأنها أقوى في دلالتها على ذلك من قول الله تعـــالى « وشاورهم في الأمر » وقوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » لأن أمر الرئيس بالمشاورة وإن كان يقتضي وجوبها عليه ، إلا أنه لا يوجد ضمان لامتثال هذا الأمر . أما قوله تعالى « ولتكن منكم أمة . . . » فيفرض على المسلمين أن يكون منهم جماعة متحدون أقوياء يتولون الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهم أهل الشورى[1].

وهذا أبو بكر يرى قتال المرتدين الذين امتنعوا عن أداء الزكاة بعد وفاة الرسول ، دون أن يجد من الصحابة موافقة تامة على ذلك ، فيستمر في الدفاع عن رأيه حتى يقتنع أهل الشورى به ، ويعبر عن ذلك عمر بقوله : « والله ما هو إلا أن رأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق » وهذا عمل لا يتنافى مع الديمقراطية والحرية السياسية[2].

وخير للجماعات أن تخطيء وهي حرة الإرادة في أمر نفسها وأن تتعلم من تجاربها ، من أن يفرض عليها رأى ولو كان صواباً ، فإن ضغط الإرادة وما يترتب عليه من الضيق والإعنات والإرهاق النفسي ، أشد ضرراً في حياة الأمة ، حاضرها ومستقبلها[3] .

---

(١) ويرى السيد رشيد رضا وجوب الشورى والعمل بنتيجتها — تفسير المنار ج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) الديمقراطية الإسلامية للأستاذ الدكتور عثمان خليل ص ٢٨ .

(٣) أنظر المجتمع الإنساني في ظل الإسلام للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة (من بحوث مجمع البحوث الإسلامية سنة ١٩٦٦) .

ويقول الإمام محمد عبده « الخليفة عند المسلمين ليس بالمعصوم ، ولا هو مهبط الوحي ، ولا من حقه الاستئثار بتفسير الكتاب والسنة ، وهو على هذا لا يخصه دين بمزية في فهم الكتاب والعلم بالأحكام ، ويرتفع به إلى منزلة خاصة ، بل هو وسائر طلاب العلم سواء ، إنما يتفاضلون بصفاء العقل وكثرة الإصابة في الحكم . —

الشريعة وسيلة النهضة

٩ — في ختام هذا التمهيد ، نستطيع أن نقول بحق إن الشريعة تختلف في طبيعتها تماماً عن طبيعة القانون ، وإن القانون لا يساويها كما لا يصح إجراء القياس بينهما كما سنرى . إن شهادة التاريخ الرائعة والدامغة معاً لتقف في جانب الشريعة الإسلامية ، فلقد مر عليها قرابة أربعة عشر قرناً ، تطورت فيها الأفكار والآراء وتغيرت قواعد القانون الوضـــعي ونصوصه مرات ومرات لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بينما ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات وأكفل بتنظيمهم وسد حاجاتهم ، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم .

والأمة الإسلامية تعرف بفطرتها أن صلاح حالها لا يكون إلا بالعودة إلى الشريعة ، أي إلى قوانين الشريعة ، لا مجرد العبادات ، وكلما رامت إصلاحاً ولت وجهها شطر الشريعة[1] ، كالناس الذين يلجئون إلى الله كلما حزبتهم الأمور ، عالمة أن باب الاجتهاد لمواجهة التطور مفتوح على مصراعيه بل مأمور به .

ولما تهدت لمواجهة مشاكلها في أخريات القرن الماضي ، بالاتجاه إلى الشريعة ، واتتها فروع الفقه الإسلامي في كتب السلف الصالح ، وثبت لها أن الفقه الإسلامي قد سبق الثورة الفرنسية قدرما سبق المسلمون أهل أوربا بأكثر من ألف عام .

وليس أظهر في التقدم من تقدم القانون في إحدى الحضارات عنه في الأخرى ، فالقوانين فحوى الحضارات وضوابطها .

---

* ثم هو مطاع مادام على المحجة ونهج الكتاب والسنة ، والمسلمون له بالمرصاد ، فإذا انحرف عن النهج أقاموه عليه ، وإذا اعوج قوموه بالنصيحة والإعذار إليه . فالأمة هي التي تنصبه ، وهي صاحبة الحق في السيطرة عليه .

وليس في الإسلام سلطة دينية سوى سلطة الموعظة الحسنة ، والدعوة إلى الخير ، والتنفير من الشر ، وهي سلطة خولها الله لأدنى المسلمين يقرع بها أنف أعلاهم ، كما خولها لأعلاهم يتناول بها أدناهم — الإسلام والنصرانية ص ٥٨ — ٦١

(١) نص دستور جمهورية مصر العربية في المادة الثانية على أن « مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » ، وعلى هذا أيضاً نص دستور دولة الكويت .

الفصل الأول

الأحــكام الشرعية

يختلف تعريف الحكم الشرعى فى اصطلاح الأصوليين عنه فى اصطلاح الفقهاء ، وفيما يلى بيان ذلك .

تعريف الحكم الشرعى

١٠ ـ الحكم الشرعى فى اصطلاح الأصوليين هو خطاب الشارع المتعلّق بأفعال المكلّفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً ، وأما فى إصطلاح الفقهاء فهو الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى الفعل . فقوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا » هذا النص نفسه هو الحكم فى اصطلاح الأصـوليين ، وحرمة قربان الزنا هو الحكم فى اصطلاح الفقهاء . والحكم الشرعى ليس مقصوراً على النصوص ، بل إنه يشمل الأدلّة الشرعية الأخرى من إجماع أو قياس أو غيرهما ، لأن سائر الأدلة الشرعية غير النصوص ترجع عنـد التحقيق إلى النصوص ، فهى فى الحقيقة خطاب من الشارع ولكنه غـير مباشر ، فكل دليل شرعى تعلّق بفعل من أفعال المكلّفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً فهو حكم شرعى فى اصطلاح الأصوليين[1]. وأحكام القانون الوضعى كالأحكام الشرعية فى أن منها ما هو أحكام تكليفية تقتضى تكليف المكلّف بفعل أو كفه عن فعل أو تخييره بين فعل والكف عنه[2] ، ومنها ما هو أحكام

---

(١) الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه الطبعة الثالثة ص ١٠٧ وما بعدها .

(٢) والمطلوب فعله بمقتضى نص الحكم الشرعى ينقسم قسمين : الواجب والمندوب . والمطلوب الكف عن فعله ينتظم قسمين أيضاً : المحرم والمكروه . والمخير بين فعله وتركه هو المباح .

—

وضعية تقتضى جعل شىء سبباً لشىء أو شرطاً أو مانعاً ، ونظرة فى مواد القوانين الإجرائية أو القانون المدنى أو التجارى أو قانون العقوبات توقفنا على أمثلة عديدة لكلا النوعين .

ويقول الإمام ابن تيمية فى الجزء الثالث من فتاويه ما ملخّصه :

ان الأحكام الشرعية نوعان

النوع الأول : مرجعه إلى بيان العبادات ووسائل التقرب إلى الله تعالى ، من صلاة وزكاة وحج وما إلى ذلك .

والنوع الثانى : مرجعه إلى تدبير الأمور فى الدنيا وشئون الناس من أعمال ومعاملات .

فما كان مرجعه العبادة والتقرب إلى الله تعالى ، فالواجب الوقوف به عند النصوص الواردة فيه ، وعدم التجاوز لحدودها ، فإن التقرب إليه سبحانه وتعالى يجب أن يكون على وفق ما طلب وأمر ، لأن ذلك حقه ولا يعلم إلاّ من جهته . وأما ما كان مرجعه إلى بيان شئون الناس وتدبير أمورهم فى هذه الحياة وتنظيم روابطهم القانونية ، فكتاب الله صرّح فى أن أساسه رعاية مصالح الناس ، وإقامتها على أساس من العـدالة الشاملة والمساواة الحكيمة والنظام المستقر مع دفع الضرّ والحرج عنهم ، يدل على ذلك قول الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقوله : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » وقوله : « لا يكلّف الله نفساً إلاّ

— وفى تقديرى أن الواجب والمحرم هما مناط فكرة النظام العام فى النظرية الإسلامية ، ذلك أن القواعد التى تفرض واجباً أو تسـتلزم الكف عن فعل هى من القواعد التى لا يجوز للمكلف مخالفتها أو الاتفاق على ما يعارضها .

— والواجب شرعاً هو ما طلب فعله من المكلف طلبا ملزماً بأن اقترن طلبه بما يدل على تحتيم فعله ، كما إذا كان فى صيغة الطلب نفسها ما دل على التحتم والإلزام ، أو دل عليه فرض العقوبة على ترك الفعل أو أية قرينة شرعية . والمحرم أو الحرام هو ما أشعر بالعقوبة على فعله ، أو بمعنى آخر هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً حتما بأن تكون صيغه طلب الكف نفسها دالة على أنه حتم ، أو قد يكون النهى عن الفعل مقترناً بما يدل على أنه حتم .

وسعها » وقوله فى صفة النبى عليه الصّلاة والسلام : « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحلّ لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم » وقوله : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » وقول الرسول : « لا ضرر ولا ضرار » .

شروط الفعل الذى يصح شرعا التكليف به

١١ – يشترط فى الفعل الذى يصحّ شرعاً التكليف به ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون معلوماً للمكلّف علماً تاماً حتى يستطيع المكلّف القيام به كما طلب منه ، وتفريعاً على هذا فإنّ نصوص القرآن المجملة ، أى التى لم يبين المراد منها ، لا يصح تكليف المكلّف بها إلاّ بعد أن يلحق بها بيان الرسول عليه الصّلاة والسلام ، ولهذا أعطى الله رسوله سلطة التبيين بقوله : « وأنزلنا إليــك الذكر لتبيّن للناس ما نزل إليهم » وقد بيّن الرسول بسنته القولية والفعلية ما أجمل فى القرآن[1].

وثانيها : أن يكون معلوماً أن التكليف به صادر ممن له سلطان التكليف وممن يجب على المكلّف اتباع أحكامه ، لأنه بهذا العــلم تتجه إرادته إلى امتثاله ، ومن هنا كان أول بحث فى الدليل الشرعى هو حجيته على المكلّفين ، أى أن الأحكام التى يدل عليها أحكام واجب على المكلّفين تنفيذها . كما أن هذا هو السبب أيضاً فى أن كل قانون وضعى يتوّج بالديباجة الخاصّة التى تدل على أن رئيس الدولة أصدر القانون بناءً على موافقة مجلس الامة ليعلم المكلّفون أن القانون صادر ممن لهم سلطان التشريع وممن يجب عليهم امتثال تكاليفهم فيتجهون للتنفيذ .

وثالثها : أن يكون الفعل المكلّف به ممكناً للمكلّف وفى قدرته أن يفعله وأن يكف عنه .

(١) الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ١٤١ .

حكم المسكوت عنه

١٢ – الأصل فيما سكت عنه الشارع الإباحة ، ومن الأدلة العقلية الدالة على ذلك أنه انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك قطعاً ولا على المنتفع فوجب ألا يمنع . ولا يرد عليه أن الانتفاع قد يكون فيه ضرر على الغير وهو محظور لأننا بصدد ما لا نصّ فيــه ، وأمّا ما فيه ضرر فهو محظور بنصوص شرعية دالّة على المنع[1] . كما أن الله خلق الأشــياء لحكمة ، ولا بد أن تكون هى الانتفاع . ويقول المرحوم الشيخ الخضرى : والحق أصالة الإباحة فيما ليس فيه نص من الأفعال النافعة ، وهو الذى يطلقون عليه إباحة أصلية . واستدل من جهة العقل ، بالإضافة إلى ما تقدم ، بأن التكليف بدون بيان ، تكليف بما لا يطاق وهو قبيح ، تعالى الله عنــه . واستدلّ من جهة الشرع بقوله تعالى : « وما كان ليضل قوماً بعد إذ هداهم حتى يبيّن لهم ما يتقون » على معنى أن الله لا يدخل قوماً فى الضلالة والمعصية بعد التوحيد والإسلام حتى يبين لهم المعاصى وموجبات الضلال .

ولما كانت نظرة الشارع متجهة إلى أن المسكوت عنه يبقى مباحاً ، كان النبىّ عليه السلام يكره السؤال وينهى عنه حرصاً على قلّة التكاليف على الأمة ، وقد أورد الشاطبى[2] فصلاً حافلاً بما يجلّى روح الشريعة فى الحرص على عدم الأسئلة فيما لم يرد فيه نص ليحول الشارع دون ورود تكاليف قد يشق على الناس امتثالها والإتيان بها لأن عدم الورود لا يقتضى التكليف فيبقى المسكوت عنه مباحاً دون تكليف . ومن ثم فن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية أنه « لا حكم لأفعال العقــلاء قبل ورود النص »[3] وأنّ « الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة » وهاتان القاعدتان تفيدان أن الركن الشرعى للجريمة هو وجود النص المحرم ، فإذا لم يوجــد نص يحرم الفعل أو الترك كان ذلك الفعل مباحاً لا إثم فيه ، كما أن ما جاء

(١) الحكم التخييرى للأستاذ سلام مدكور ص ٥٦ .
(٢) الموافقات جـ ٤ ص ١٨٤
(٣) أنظر ما سيجىء عند تحدثنا عن أعمال العباد قبل بعثة الرسل .

النص بتحريمه إنما يعتبر جريمة بتقرير عقوبة عليها ، حداً كانت العقوبة أو تعزيراً ، وفى ذلك يقول الماوردى[1] « الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير » ولم تكن هـذه القاعدة ، قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، معروفة فى مصر فى قانون وضعىّ قبل عام ١٨٨٣ ، على أن الشريعة الإسلامية جاءت بها قبل ذلك بقرون عديدة ، وقد كانت أحكام هذه الشريعة هى المطبقة فى مصر قبل سنة ١٨٨٣ ، ومعنى هذا أن القاعدة المذكورة كانت معمولاً بها قبل أن تعرف مصر التقنين والقوانين بصفة عامة ، بل وقبل أن تعرف القوانين الوضعية ، فى مختلف الأمصار ، تلك القاعدة[2] .

بيد أن الشريعة الإسلامية لا تلزم الفقهاء بنصوص معينة محدّدة بحيث لا يمكن أن يخرجوا عن نطاقها فيما يقع من الأحداث غير منصوص عليه ولا مبيّن حكمه صراحة ، بل إنها أفسحت لهم المجال فى الاجتهاد والاستنباط تحت إشراف قواعد معينة من الشريعة ذاتها ، فثمّ أمران : أشياء منصوصة محدّدة معيّنة مبيّنة ، وهذه لا يجوز تخطيها ولا مجاوزتها ، ومنها القصاص والحدود والكفارات وغيرها ، وأشياء لم تحدّد ولم تعيّن أحكامها صراحة وإن كانت داخلة تحت نطاق الاجتهاد والنظر الفقهىّ الإسلامى ، وهذه هى التى أوجدت مجالاً للفقيه أن يتصرف ويعطى حكم بعض هذه الأشياء لبعض الأشياء وتحت إشراف القواعد .

وتفريعاً على هذا ، فإن الفقيه يستطيع أن يحكم بالإباحة فيما لم ينص على إباحته الشرع صراحةً ، كما يستطيع أن يحكم بالحظر كذلك . والقانون الجنائى يختلف فى هذا مع الشريعة الإسلامية ، فهو يحظر على القضاة أن يحكموا فى جرائم أو يوقعوا عقوبات بموجب قياس أو غيره مما أفسحت الشريعة المجال فيه لأهل الفقه[3] .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢١١ .

(٢) المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ سلام مدكور طبعة ١٩٦٠ ص ٧٥٠ وما بعدها .

(٣) عالج الإسلام الجريمة بأسلوب يختلف عن معالجة المشرع الحديث لها ، وفلسفة العقوبة =

وكان لا بد أن يكون هذا فى الشريعة لأنها خالدة ، ولا يمكن استقصاء جزئيات الأحكام إلاّ فى تلك القواعد التى يستنبط الفقهاء على ضوئها أحكام ما يحدث من الوقائع من غير أن يشمله نص صريح .

فالمحصّلة أن الشريعة تقول : ما لم ينص عليه صراحة ولا دلالة فهو مباح ، وأمّا القانون الجنائى فإنه يقضى بأن ما لم ينص عليه صراحة يخرج عن نطاق التأثيم .

= فى الإسلام لما تظفر بما تستحقه من عناية فى تقريبها للأفهام ، وأول عناصر فلسفة الإسلام فى الجريمة والعقاب ، أن العقاب وحده لا ينفع فى ردع المجرمين ولا فى قمع الجريمة . فلا بد من توافر أمرين ليصل المجتمع الإنسانى إلى ما يحتاجه من أمن واستقرار : الأول : إحساس شديد بالواجب ، وضمير يقظ غاية اليقظة كاره للرذيلة والخطيئة ، والثانى : مجتمع تقل فيه بواعث الجريمة ودواعيها ، مثل قيام أجهزة العقاب والحساب ، والشرطة والحاكم ، مجتمع خال من أسباب الحرمان والفاقة ، ومن دواعى الكراهية والحقد ، يجد فيه الفقير حاجته ، ويجد فيه الضعيف السبيل إلى رفع الصوت بالشكوى .

وقد نجح القرآن ، بتأكيده للمسلمين أن الله معهم فى كل مكان وكل زمان ، فى إيقاظ ضمائرهم حين قال لهم (ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم) . أما العنصر الثانى فقد تكفلت الشريعة الإسلامية كلها بخلق المجتمع الذى تتضاءل فيه أسباب الجريمة فإذا جاء العقاب فى الشريعة الإسلامية بعد ذلك ، كان بمثابة خط الدفاع الأخير . فالعقوبات فى الحدود ، هى عقوبات منصوص عليها ولا سبيل للعفو عنها ولا التخفيف منها ، بيد أنها قليلة ومحدودة لا تزيد عن ستة هى : حد السرقة ، وحد الزنا ، وحد الشرب ، وحد القذف ، وحد قطع الطريق ورفع السلاح .

وقطع يد السارق الذى يبدو للناس مسرفاً فى الشدة ، أرحم من عقوبة السرقة بالحبس فى القوانين الوضعية وأنجع فى معالجة الجريمة . ذلك أن الإسلام يفرق بين سارق جائع وسارق شبع ولكنه مع شبعه يعتدى على أرزاق الناس وأموالهم ، ذلك أنه إذا كان القرآن قد نص على أن السارق تقطع يده ، فإن هذا النص ليس عاماً . فإن السنة النبوية أوضحت أن من سرق دون النصاب لم تقطع يده ، فللحد السارى شروط بينها النبى – صلى الله عليه وسلم – وفهمها الصحابة ومن بينهم عمر الذى أوقف حد السرقة فى عام المجاعة حين اشتدت حاجة الناس إلى الأقوات ، كما أوقفه فى حالة غلمان عبد الرحمن بن حاطب لما أحس أن سيدهم يجيعهم ولا يعطيهم حقوقهم قائلا : أما لولا أنى أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله أكلوه لقطعتهم . فعمر لم يقطع يد جائع سرق لعدم اكتمال شروط إقامة الحد ، ولا يقال إن =

المصلحة اقتضت عدم تطبيق النص ، لأنه ليس لعمر ولا لغيره من البشر أن يعطل العمل بالنص .

أما حد الزنا ، فلا ينفذ إلا فى جان أو جانية اعترفا على نفسيهما بالذنب ، وطلبا العقاب تكفيراً وتوبة ، أو بشهادة أربعة رجال ليس فيهم امرأة وأربعة رجال عدول ، يشهدون أنهم رأوا فعل الزنا كاملا ، بينما يكتفى القانون الجنائى الوضعى بشهادة واحد أو بالقرائن التى يقتنع فيها القاضى بوقوع الجريمة . وعقول القضاة كعقول سائر البشر تتفاوت فى التقدير ووزن الدليل ، فعقوبة الزنا فى الإسلام هى فى الواقع حد لمنع نشر الرذيلة ، والتحدى بالفحشاء ، وإلى جانب هذا الحد يقوم أيضاً حديث رسول الله : أيها الناس من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات فاستتر فهو فى ستر الله . وهذا تأكيد لكراهية الشريعة الإسلامية لدعوى الزنا بالتشدد فى طلب الدليل عليها .

وجدير بالتنويه أنه وإن كانت الشريعة تقضى بأن طلب توقيع الحد يملكه كل فرد من الناس ، حالة أن القانون الجنائى المصرى قد منع الكافة من الطلب وجرد النيابة العمومية منه ، وحصره فى شخص الزوج ، فإن هذا يدل على أن هذا يجرى فى طريق الشريعة لمنع الدعوى بقدر الاستطاعة ، والشواهد على ذلك كثيرة ، فهو عند ما يتحدث عن الدليل المستمد من المكاتيب أو الأوراق نجده يشترط أن تكون صريحة فى أن الزنا قد وقع ، والذى يأخذ تحفز الشهوة — مهما طرت قوتها — دليلا على أن الفعل قد وقع ، لا يقف عند تحكيم القانون ، بل ينكر الطبيعة البشرية ، إذ يختار لتنفيذ نزعات الشهوة المؤكدة طريقة خاصة غير تلك التى يعاقب عليها القانون ، والشهوة طرق كثيرة لا تخفى . أذكر قول تلك المرأة العاشقة وقد خرجت فى الجبل أو الصحراء الخاوية ، لا تخشى على حياتها ، تجلس مع عشيقها ، وتتمتع بلذة التحدث ، فلما هم بها كان جوابها :

لنا صاحب لا ينبغى أن نخونه وأنت لأخرى صاحب وخليل

أما حد الشرب فلا يثبت إلا باعتراف الشارب ، أو إذا حضر إلى مجلس القاضى ووجد منه الأخير رائحة الخمر ، ولا تكفى القرائن فى إثبات الجريمة ، ولا شك أن هذا الحد لا يقوم إلا بعد أن تحرم الحكومة تعاطى الخمر ، وعن ابن عمر أن النبى قال : « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » رواه الجماعة إلا البخارى وابن ماجة وفى رواية مسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » ولكن لا يوجد نص قرآنى فى حد شارب الخمر ، وإنما تم هذا الحد باتفاق الصحابة ، ومع ذلك لم يجلد عمر شارب الخمر فى زمن الحرب .

أما حد القذف وهو الجلد ثمانين جلدة فلا يتقد إلا فيمن اتهم رجلا أو امرأة بالزنا واللواطة ، ولم يقدم شهوداً أربعة على صحة دعواه ، ولا أحسب أن أحداً يستنكر هذا العقاب . وقد عرفت الشريعة مبدأ عدم تعدد العقوبات — أنظر كتاب الخراج للإمام أبى يوسف ص ١٠٠ حيث جاء فيه : من قذف أم رجل وأباه وهما مسلمان يضرب الحد ، وإن لم يكن هذا القاذف ضرب للأول حتى قذف آخر فإنه يضرب لهما جميعا حداً واحداً —

أما حد قطع الطريق ومحاربة الحكومة ورفع السلاح عليها ، فهو جزاء تتفق جميع الدول ، وهو فى الإسلام الصلب أو قطع الأيدى والأرجل من خلاف أو النفى .

أما قتل من يرتد عن الإسلام فيقول فيه الشيخ عبد العزيز جاويش : وخلاصة رأينا فى ذلك أن القرآن لم ينص فى آية ما على قتل المرتدين عن دين الإسلام ، وأما الأحاديث التى سردها البخارى ، فليس شىء منها فيما نرى جاء نصا فى القول بالقتل . كما يقول الشيخ شلتوت : إن الكفر بنفسه ليس مبيحاً للدم ، وإنما المبيح للدم هو محاربة المسلمين ، وأن طوائف القرآن الكريم فى كثير من الآيات تأبى الإكراه . وبهذه المناسبة يقول الشيخ على عبد الرازق فى كتابه الإسلام وأصول الحكم عن حروب الردة فى عهد أبى بكر : ولعل جميعهم لم يكونوا فى الواقع مرتدين ، كفروا بالله ورسوله ، بل كان فيهم من بقى على إسلامه ، ولكنه رفض أن ينضم إلى وحدة أبى بكر ، لسبب ما ، من غير أن يرى فى ذلك حرجاً عليه ، ولا غضاضة فى دينه ، وما كان هؤلاء من غير شك مرتدين ، وما كانت محاربتهم لتكون باسم الدين ، فإن كان ولا بد من حربهم فإنما هى السياسة ، والدفاع عن وحدة العرب ، والذود عن دولتهم . وقد وجدنا أن بعض من رفض بيعة أبى بكر ، بعد أن تمت له البيعة من المسلمين ، كعلى بن أبى طالب ، وسعد بن عبادة ، لم يعاملوا معاملة المرتدين ، ولا قيل ذلك عنهم .

وتقول الدكتورة بنت الشاطىء : ولقد كان من أشق الأمور على المصطفى والذين آمنوا معه ، أن يأخذهم الإسلام بالإعراض عن من لا يريد أن يدخل فى دينهم ، وهم يؤمنون أنه الدين الحق ، وقد يدفعهم هذا الإيمان إلى تجاوز ما أمروا به من بلاغ ودعوة ، إلى شىء من قسر وإكراه ، ومن هنا كان تحديد القرآن لمهمة الرسول ، أن ليس عليه إلا أن يبلغ رسالته « فإن أسلموا فقد اهتدوا ، وإن تولوا فإنما عليك البلاغ » .

— فإذا انتقلنا إلى الباب الثانى من العقوبات فى الإسلام ، وهو باب القصاص ، وسنده قول الله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف . . . » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وجدنا الغاية منه أن يصاب الجانى بأذى مماثل لما لحق بالمجنى عليه . وقد يصعب إنزال الجرح أو القطع أو الكسر بالجانى على وجه مماثل لما وقع بالمجنى عليه ، لذلك أجاز الشرع أن يحل محل القصاص الفعلى ، معنى وصورة ، قصاص (معنى فقط) ، أى بدفع التعويض الذى تعرفه الشريعة اصطلاحاً بالدية ، وللمجنى عليه ، ولأولياء الدم إذا قتل المصاب ، العفو والنزول عن القصاص مقابل الدية أو غيرها استناداً إلى قوله تعالى « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » . وبمقتضى السنة للمجنى عليه أن يقتص أو يعفو أو يأخذ الدية ، وقد قال خادم الرسول أنس بن مالك رضى الله عنه : ما رفع إلى الرسول أمر فيه قصاص إلا طلب فيه —

— وفى العقوبات الجنائية ، الحدود والقصاص فى النفس والأطراف والعقوبات الأخرى المالية والبدنية غير المقدرة والديات على النفس والأطراف كذلك .

— وفى تنظيم العلاقات الدولية ، دعا القرآن الكريم إلى السلم « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » وفرض الحرب الدفاعية « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وحث على إعداد القوة المسلحة لإرهاب الأعداء « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » . وأمر بالصلح بين الفريقين المتنازعين وقتال المعتدى منهما « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله . . . » .

— وفى نظام القضاء « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » « يأيها الناس الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » .

— وفى المسائل الاقتصادية والتكافل الاجتماعى المادى ، فرض الزكاة ، وأمر بالإنفاق فى وجوه الخير والبر فى عديد من الآيات .

— هذا ويقول الأستاذ على عبد الرازق فى كتابه الإسلام وأصول الحكم : « إن كل ما جاء به الإسلام من عقائد ومعاملات وآداب وعقوبات ، فإنما هو شرع دينى خالص لله تعالى ولمصلحة البشر الدينية لا غير ، وسيان أن تتضح لنا تلك المصالح الدينية أو تخفى علينا ، وسيان أن يكون منها للبشر مصلحة مدنية أولا ، فذلك ما ينظر الشرع السماوى إليه ولا ينظر إليه الرسول » وهو يسوق فى مجال الاستدلال حديثين « لو كانت الدنيا تزن عند الله جناح بعوضة لما منع الكافر منها شربة ماء » و« أنتم أعلم بأمور دنياكم » .

كما يقول فى صفحة ٧٦ وما بعدها « التمس بين دفتى المصحف الكريم أثراً ظاهراً أو خفياً لما يريدون أن يعتقدوا من صفة سياسية للدين الإسلامى ، ثم التمس ذلك مبلغ جهدك بين أحاديث النبى صلى الله عليه وسلم . . . فإنك لن تجد عليها برهانا إلا ظنا ، وإن الظن لا يغنى من الحق شيئا . . . الإسلام دعوة دينية إلى الله تعالى ومذهب من مذاهب الإصلاح لهذا النوع البشرى وهدايته إلى ما يدنيه من الله جل شأنه ، ويفتح له سبيل السعادة الأبدية التى أعدها الله لعباده الصالحين . هو وحدة دينية أراد الله جل شأنه أن يربط بها البشر أجمعين وأن يحوط بها أقطار الأرض كلها . . . . تلك رحمة السماء بالأرض وفضل الله على العالمين . » معقول أن يؤخذ العالم كله بدين واحد ، وأن تنتظم البشرية كلها وحدة دينية ، فأما أخذ العالم كله بحكومة واحدة وجمعه تحت وحدة سياسية مشتركة ، فذلك ما يوشك أن يكون — لدعوة العالم كله إلى التآخى فى الدين . . . بلى ، ولقد وعد الله جل شأنه هذه الدعوة أن تتم « ولا تحسبن الله مخلف وعده رسله » . « وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم فى الأرض كما استخلف الذين من قبلهم وليمكنن لهم دينهم الذى ارتضى لهم ، وليبدلنهم من بعد خوفهم أمنا ، يعبدوننى لا يشركون بى شيئا ، ومن كفر بعد ذلك فأولئك هم الفاسقون » .

— خارجا عن الطبيعة البشرية ، ولا تتعلق به إرادة الله ، على أن ذلك إنما هو من الأغراض الدنيوية التى خلى الله سبحانه وتعالى بينها وبين عقولنا ، ترك الناس أحراراً فى تدبيرها على ما تهديهم عقولهم وعلومهم ومصالحهم وأهواؤهم ونزعاتهم . . . . حكمة لله فى ذلك بالغة ليبقى الناس مختلفين « ولو شاء ربكم لجعل الناس أمة واحدة ، ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك ولذلك خلقهم » وليبقى بين الناس ذلك التدافع الذى أراده الله أن يتم العمران « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين » .

ويقول فى صفحة ٥٧ وما بعدها « إذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أسس دولة سياسية أو شرع فى تأسيسها ، فلماذا خلت دولته إذن من كثير من أركان الدولة ودعائم الحكم ؟ ولماذا لم يعرف نظامه فى تعيين القضاة والولاة ؟ ولماذا لم يتحدث إلى رعيته فى نظام الملك وقواعد الشورى ؟ . . . .

ويقول فى صفحة ٨٣ وما بعدها . « تلك الوحدة العربية التى وجدت زمن النبى صلى الله عليه وسلم ، لم تكن وحدة سياسية بأى وجه من الوجوه ولا كان فيها معنى من معانى الدولة والحكومة ، بل لم تعد أبدا أن تكون وحدة دينية خالصة من شوائب السياسة ، وحدة الإيمان والمذهب الدينى ، لا وحدة الدولة ومذاهب الملك . . . . » .

ويقول فى صفحة ٩١ وما بعدها . « لم يكن خافيا على العرب أن الله تعالى قد هيأ لهم مقدماتها ، وحين قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذوا يتشاورون فى أمر تلك الدولة السياسية التى لم يكن لهم مناص من أن يبنوها على أساس وحدتهم الدينية التى خلفها فيهم النبى . . . كانوا يومئذ إنما يتشاورون فى أمر مملكة تقام وحكومة تنشأ إنشاء ، ولذلك جرى على لسانهم يومئذ الإمارة والأمراء والوزارة والوزراء . . . . وما كان كل ذلك إلا خوضاً فى الملك وقياماً بالدولة حتى تمت البيعة لأبى بكر وكان هو أول ملك فى الإسلام » .

— ويقول الدكتور طه حسين ، الفتنة الكبرى ص ٢٥ :

« وربما كان من أصدق الأدلة وأقطعها على ما نذهب إليه أن القرآن لم ينظم شئون السياسة تنظيما مجملا أو مفصلا ، وإنما أمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى ، ونهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ، ورسم حدوداً عامة ثم ترك لهم تدبير أمورهم كما يحبون ، على ألا يتعدوا هذه الحدود ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يرسم بسنته نظاماً معيناً للحكم ولا للسياسة ، ولم يستخلف على المسلمين أحداً من أصحابه بعهد مكتوب أو غير مكتوب حين ثقل عليه المرض ، وإنما أمر أبا بكر أن يصلى بالناس ، فقال المسلمون : رضيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأمور ديننا ، فما يمنعنا أن نرضاه لأمور دنيانا ؟ ولو قد كان للمسلمين نظام سياسى منزل من السماء لرسمه القرآن ولبين الرسول أصوله ، ولفرض على المسلمين الإيمان به والإذعان له » .

وردنا على ما أورده الأستاذ على عبد الرازق ، فضلا عما سبق أن أوردناه من آيات تنظم الأحكام المدنية والجنائية والدستورية والاقتصادية والدولية وغيرها ، وهى بعض من كل ، فإن القرآن لم يزدر الدنيا ولم يلفت الناس عن التمتع بها ، كيف وهو يقول « وابتغ —

— فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا» ويقول «قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق ، قل هى للذين آمنوا فى الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة» ويقول «يأيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا» .

— هذا والنظام السياسى الإسلامى لا يتعرف عليه من صور الحكم وأساليب السياسة التى اتبعها المسلمون من عهد بنى أمية حتى نهاية عهد بنى عثمان وما جرى عليه أكثر الخلفاء والأمراء فى هذه الحقبة التاريخية الكبيرة مما لا يتفق فى جملته مع مبادئ الدين ولا تقره أحكامه وتعاليمه ، فإن ذلك إنما يمثل تاريخ الحكم الإسلامى فى تطوراته وأوضاعه لعصور مختلفة ، وإنما يتعرف على هذه النظم من المنابع الأصلية والمصادر الأولى للتشريع الإسلامى : كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم مع التسليم بأن القرآن لم يضع نظاماً سياسياً مفصلا للمسلمين وأن السنة لم ترسم الخطوط الدقيقة لهذا النظام ، وإنما وضع القرآن والسنة المبادئ الأساسية العامة لنظام يستهدف صالح الأمة ويكفل إقامة أوضاع الحكم فيها على خير مثال وأقوم نهج .

— فقرر الإسلام مبدأ العدل بين الناس فى الحكم وفى المعاملة دون تخصيص لنوع ولا لطائفة «ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا ، هو أقرب للتقوى ...» «إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى» «وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى ، وبعهد الله أوفوا ، ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون» .

— وقرر الإسلام المساواة بين الناس جميعا فى أحكامه مهما اختلفت أجناسهم وألوانهم ومنازلهم ، قررها على المستوى الإنسانى العام والشامل لجميع الناس والأديان والأجناس والعقائد «يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم» . وقررها على مستوى الإيمان والعقيدة الإسلامية بين المسلمين تمكينا لروابط التراحم وإقامة المجتمع على أمتن الأسس . «إنما المؤمنون أخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون» .

— وقرر الإسلام مبدأ الشورى وأمر نبيه المسدد بالوحى بأن يشاور أصحابه «فبما رحمة من الله لنت لهم ، ولوكنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك ، فاعف عنهم واستغفر لهم ، وشاورهم فى الأمر ، فإذا عزمت فتوكل على الله ، إن الله يحب المتوكلين» . وفى آية أخرى جعل الله الشورى من أوصاف المسلمين الثابتة كأنها من مقتضيات الإسلام وشئون الإيمان «والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ، ومما رزقناهم ينفقون» — راجع ص ٢٥ .

— وأرشد الإسلام الهيئة التى ترجع إليها الأمة فى مشاكل التشريع والتنظيم ، فقد جعل القرآن المرجع فيما يشكل من المسائل الاجتهادية النظرية إلى «أولى الأمر» وهم قادة الرأى والفكر فى مختلف شئون الأمة وأمور البلاد ، كل بحسب اختصاصه وتخصصه، وأوجب على الناس إطاعتهم وقرنها بإطاعة الله والرسول : «يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون —

— بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا» «وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ، ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم» .

— وقرر الإسلام مبدأ المسئولية ، مسئولية الحكام عن سياستهم وتصرفاتهم فى مصالح الأمة وشئونها ، والمسئولية فى نظام الحكم الإسلامى ذات شقين ، تتلاءم بهما مع مزية أحكام الشريعة الإسلامية ذات المعنيين الروحى والدنيوى ، فالحكام فى النظام الإسلامى مسئولون أمام الله تعالى الذى يعلم السر وأخفى ، ويجزى بالخير خيراً ، وبالسوء سوءاً .

«فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره» . وهم مسئولون أيضا أمام الأمة صاحبة الرأى والحق فى إقامتهم ومراقبة أعمالهم وتعهدهم بالنصح وتقويمهم إذا اعوجوا وعزلهم إذا هم ظلوا سادرين فى اعوجاجهم واستبدادهم .

يقول الرسول عليه السلام «إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه ، أوشك أن يعمهم الله بعقاب من عنده» وقوله «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق» وقوله «من رأى منكم منكراً فليقومه بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان» .

وفى الشئون المالية والاقتصادية ، نظم الرسول الموارد المالية وحددها فوضع على المسلمين وغيرهم ، وعلى الأرضين والثمار والماشية أموالا بين الله تعالى فى القرآن الكريم أصنافها ووجوه إنفاقها فقال : «ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم» «واعلموا أن ما غنمتم من شىء فإن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل» «يسألونك عن الأنفال ، قل الأنفال لله والرسول ، فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم ، وأطيعوا الله والرسول إن كنتم مؤمنين» «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله والله عليم حكيم» .

ومن ثم فالقول بأن الإسلام دين روح ورسالة إصلاح وتهذيب ، ولا شأن له بالشئون المادية ولا بالمصالح الدنيوية هو قول يقوم على حجة داحضة ، فعنصر الدين أو الجانب الروحى فى الأحكام التى أتى بها الشرع الإسلامى ، هو التكليف من الشارع والخضوع والامتثال من المكلفين ، وعنصر الدنيا أو الجانب المادى فيها هو تنظيم أمور الناس ورعاية أحوالهم بالأحكام الإسلامية من جانب الشارع ، والانتفاع العملى وتحقق المصالح من جانب الأمة ، فقد امتزج الأمران واختلط الجانبان ، وصعب التفريق فى أحكام الإسلام بين ما هو دين وما هو دنيا ، وظهر أن الإسلام دين ودنيا معا ، وبقى القرآن منار وجودنا ودليل عمراننا على مدى قرون أربعة عشر .

— يقرر الإمام الشاطبى أحد علماء أصول الفقه الإسلامى فى كتابه «الموافقات» فى تقسيم الأحكام الشرعية باعتبار الحق المحكوم فيه، وهل هو حق خالص لله أو حق خالص للعبد، أو حق مشترك : «إن كل حكم شرعى لا يخلو من حق الله وهو جهة التعبد ، حق الله على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه . كما لا يخلو من حق العبد —

= لأن الشريعة إنما وضعت لصالح العباد : فالحقان متلازمان ، لا ينفك أحدهما عن الآخر وقد يكون أحدهما غالبا » .

ويعلق الأستاذ الشيخ فرج السنهورى على هذا الرأى بقوله : « ونظرة الشاطبى نظرة صادقة منتزعة من مزية الأحكام الإسلامية العظمى التى لا تدانيها مزية . فالأحكام الشرعية الإسلامية تقوم على المعنى التعبدى الروحى وعلى المعنى القانونى النافع للإنسانية . فالعبادات شرعت لتكون عبادة الله وإبقاء لحقه على عباده ، وهى فى الوقت نفسه تعود أولا على صاحبها وعلى المجتمع الذى يعيش فيه بخير التهذيب وغرس الفضائل فى النفوس . وعقد البيع يكون حلالا إذا استكمل أركانه وشرائطه ، فإذا أدى على هذا الوجه كان أداء لحق الله بامتثال أوامره . . . وهو أيضاً عقد قانونى صحيح تترتب عليه آثاره بين المتعاقدين . ويكون باطلا لا يفيد حكما ولا تترتب عليه آثار بين المتعاقدين ، وهو مع هذا معصية خولفت بها أوامر الله تعالى وانتهكت محارمه واستحق مرتكبها عقوبتة الدنيوية والأخروية . . . وهكذا كلما نظرت إلى حكم من أحكام الشريعة الإسلامية وجدت فيه المعنيين الدنيوى والروحى على السواء . . . وعلى هذا يكون الوازع الدينى أعظم وازع يكفل إطاعة القوانين وتنفيذها على الوجه المستطاع فى السر والعلن . . . فما دامت الأحكام لا تقتصر على آثارها الدنيوية ، ولها ناحية أخرى يتولاها السميع البصير الذى لا تخفى عليه خافية ، وهو لا بد ملاقيه ومحاسب لديه على ما اقترف وما عمل . وكان الوازع على إطاعتها وازعا لا يعدله أى وازع ولا تقاس القوانين الوضعية بهذه الأحكام . فمن خرج على أحكام القوانين الوضعية وأفلت من الوقوف على حقيقته لا يخشى وراء ذلك شيئاً » . أنظر محاضرات الأستاذ فرج السنهورى لقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة فى تاريخ الفقه الإسلامى عام ١٩٦٤ .

ومن هنا نجد الفقهاء ، إذا ما عرضوا لأفعال المكلف التى هى عقود ، ذكروا أحكامها الدنيوية التى هى الآثار التى تترتب عليها ، وذكروا أيضا أحكامها الأخروية التى هى الأوصاف الشرعية التى يتعلق بها الثواب فى الآخرة ، من حرمة وإباحة ووجوب .

هذا وقد نص دستور دولة الكويت على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع . وقد أشارت المذكرة التفسيرية لهذا الدستور فى ذلك إلى أن « وضع النص بهذه الصيغة توجيه المشرع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يضع الفقه الإسلامى حكماً لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام فى شأنها تمشيا مع ضرورات التطور الطبيعى على مر الزمن ، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل « والشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع » ، إذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ من مصدر آخر فى أى أمر واجهته الشريعة بحكم مما قد يوقع المشرع فى حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهل فى التزام رأى الفقه الشرعى فى بعض الأمور وبخاصة فى مثل نظم الشركات ، والتأمين ، والبنوك ، والقروض ، والحدود ، وما إليها » .

— ولولا نزعة الجمود التى سادت المجتمع الإسلامى منذ القرن الرابع الهجرى فى العصر العباسى والتى أدت إلى إغلاق باب الاجتهاد الذى كان قد أقام نظاما قانونيا حافلا بالجدة والإبداع وقوة المعارضة ودقة الصياغة ، لاستمر الفقهاء فى إثراء الفقه الإسلامى بحيث =

= كان فى مكنته الآن أن يواجه مجتمع القرن العشرين بمشكلاته المتعددة وثورته العلمية فى كل مجال من المجالات ، وفى علاقات الدول المختلفة والتزاماتها الدولية اتجاه بعضها البعض .

— وقد نبه إلى ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهورى والدكتور عبد الحميد متولى فى كتابه « مبادىء نظام الحكم فى الإسلام » . ولا مراء فى أنه يتعين على المشرع المصرى أن يستهدى ، وهو بسبيل تقنين الثورة وتطوير القوانين القائمة بما يتمشى مع المبادىء التى استحدثتها الثورة فى مجتمعنا ، بمبادىء الشريعة الإسلامية بحسبانها جزءاً غالياً ثريا من تراثنا القومى ، ولأن جوهر الأديان عامة يؤكد حق الإنسان فى الحياة وفى الحرية ولا يصادم تطورات المجتمعات وحقائق الحياة ، وإنما ينتج التصادم فى بعض الظروف من محاولات الرجعية أن تستغل الدين ضد طبيعته وروحه لعرقلة التقدم وذلك بافتعال تفسيرات تتصادم مع حكمته الإلهية السامية . فمبادىء الشريعة الإسلامية واحدة لا تتغير بتغير المذاهب ، وهى أصول عامة صالحة التطبيق فى كل زمان ومكان . أما الشريعة الإسلامية ذاتها فإنها تشمل كذلك « الاجتهاد » الذى واجه الاحتياجات الماسة الطارئة للمجتمع الإسلامى ، ومن ثم فقد تنوع الفقه الإسلامى نفسه تبعاً لظروف الحال ، وتنوعت المدارس وتشعبت الآراء ، فاختلفت مثلا مدرسة « أهل الرأى » التى نشأت فى العراق عن مدرسة « أهل الحديث » التى نشأت فى الحجاز . وقد لا تصلح آراء الفقهاء الذين اجتهدوا فى زمانهم للتطبيق فى مجتمعات العصر ، وفى هذه الحالة يكون واجبا ، كما يقول الإمام المراغى فى كتابه « الاجتهاد فى الإسلام » ألا تطبق النصوص الخاصة على المسألة التى تثور اليوم متى كان تطبيقها يؤدى إلى الوقوع فى الحرج ، وإنما يطبق النص العام الموجب لنفى الحرج « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

— ونحن نعلم أن الخليفة عمر بن الخطاب كان له موقف واضح فى حرمان « المؤلفة قلوبهم » من الصدقات ، فقد رأى أن المسلمين ، بعد أن قويت شوكتهم ، لم يعودوا فى حاجة إلى المضعفين من تلك الطائفة التى ورد ذكرها فى القرآن بقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم » ، أى أنه استدبق إعمال النص إلى تخلف شرط إعماله .

— وذهب الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم إلى أن المصلحة الراجحة قد توجب التعقيم ، وأنه لا يرى فى التعقيم أى مانع دينى لأنه عملية يراد بها دفع الولد بمنع علته الموجبة لوجوده بحكم العادة ، وليس فى هذا جناية على شىء وجد ، لا على نفس حية قد تهيأت للخروج إلى عالم الوجود ، ولا على ما هو مهيأ لأن يكون نفسا حية . (أنظر تقديم فضيلته لرسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد عام ١٩٣٢) .

وكم أتمنى لو ظهر من بين علمائنا مجتهد جديد أو مجتهدون جدد ، وباب الاجتهاد مفتوح ، يدلون بسهمهم فى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بما يوفق بين المذاهب ويتمشى مع تطور العصر . إن الدين الإسلامى ينشر ألويته فى إفريقيا وآسيا ، ونريد أن نراها منشورة فى أوروبا وأمريكا ، وهذا يستتبع استمرار اجتهاد العلماء لمواكبة التطور ، ومواجهة متطلبات العصر : فمثلا ذهب رأى إلى أن تنظيم النسل حرام ، وذهب رأى إلى أنه حلال . وسمعنا أن التأمين بشتى صوره حرام ، وسمعنا أنه حلال ، بل سمعنا =

- **دلالة نصوصه**

٢٢ — نصوص القرآن من جهة دلالتها على ما تضمّنته من الأحكام تنقسم إلى قسمين : نص قطعى الدلالة على حكمه ، ونص ظنى الدلالة على حكمه .

فالنص القطعى الدلالة هو ما دل على معنى متعين فهمه منه ولا يحتمل تأويلا ولا مجال لفهم معنى غيره منه مثل قوله تعالى « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد . . » فهو قطعى الدلالة على أن فرض الزوج فى هذه الحال النصف لا غير ، وكذا كل نص دل على فرض فى الإرث مقدر أوحد فى العقوبة معين أو نصاب محدد .

وأما النص الظنى الدلالة فهو ما دل على معنى ولكن يحتمل أن يؤول ويصرف عن هذا المعنى ويراد منه معنى غيره ، مثل قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » فلفظ الميتة عام ، والنص يحتمل الدلالة على تحريم كل

= أن إقامة التماثيل من المحرمات . وأفتى فريق من رجال الدين بأن تعدد الزوجات وضربهن حقان لا يجوز لمن يمارسهما أن يسىء استعمالهما ، فى حين اتجه آخرون إلى أنهما رخصتان مطلقتان . كما أفتى بعض رجال الدين بأن المرأة لا يجوز لها أن تسفر عن شعرها أو أظافرها وإلا ارتكبت محرما ، فى حين اتجه البعض الآخر إلى أن الهدف هو عدم إثارة الفتنة ، فالفلاحة التى تكشف عن وجهها وساعديها وهى تعمل بالحراث لا ترتكب إثما ، ولكن التى تهز نفسها فى الطريق العام بقصد الإثارة ترتكب محرما ولو كانت متدثرة .

— وهناك أمور استحدثت فى النصف الأخير من هذا القرن كركوب الطائرات ، إن فى الطائرات ماء ولكن الوضوء فيها غير ممكن ، وليس فيها تراب فالتيمم غير ممكن ، فكيف تكون الصلاة ؟ كان السفر على الجمال لعدد قليل من الأميال يجيز الإفطار فى رمضان ، لأن هذه المسافة كانت تستغرق بضع ساعات ، فأصبحت تستغرق بالطائرات وبالقطارات السريعة بضع دقائق ، فهل يجوز للصائم مع ذلك أن يفطر ؟

والفدية للمضطر كانت قدراً صغيراً من البر ، فهل لا يزال هذا المقدار يكفى فى عام ١٩٧٢ ، أو يحسن النظر فى دفعه عيناً أو نقداً رعاية لارتفاع مستوى الدخل ؟

إننا نعرض هذه المسائل الخلافية دون إفتاء فيها فليس هنا مجاله ، وإنما ندعو مع الداعين إلى مؤتمر إسلامى كهذا الذى عقد أخيراً فى طرابلس الغرب ليقول كلمته فى كل منها وفى كثير غيرها . ولا سيما ما يتعلق منها بقانون الأحوال الشخصيـــة الذى لا يزال مشروعه مطروحاً للبحث ، وعلى الأخص تقييد الطلاق وجعله فى يد القاضى ، وحضانة الأولاد وما إذا كان يمكن أن تكون للأصلح ، وحكم الشرع فى اختلاط الشاب والفتاة فى سن المراهقة بالمدارس والجامعات ، وبعد ذلك فى العمل فى كافة مواقعه . ولعله يكون مفيداً أن يلتقى علماء الإسلام فى بلادنا فى مؤتمرات دورية ليبدوا رأيهم فيما سبق وغيره مما يطرأ بسبب تجدد الحياة وتطورها ، كذلك المؤتمر الذى ينعقد كل عامين فى المغرب ، والذى انعقد مؤخراً فى شهر ديسمبر عام ١٩٧١ ، وكمؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الذى لم ينعقد سوى أربعة مؤتمرات كان أولها فى مارس ١٩٦٤ ، حتى يسير المسلمون على هدى من دينهم الحنيف .

ميتة ويحتمل أن يخصص التحريم بما عدا ميتة البحر ، فالنص الذى فيه لفظ مشترك أو لفظ عام أو لفظ مطلق أو نحو هذا يكون ظنى الدلالة لأنه يدل على معنى ويحتمل الدلالة على غيره .

المبحث الثانى

السنة(١)

تعريفها

٢٣ — السنة فى الاصطلاح الشرعى هى ما صدر عن الرسول ﷺ من قول ، أو فعل ، أو تقرير .

فالسنن القولية هى أحاديثه التى قالها فى مختلف الأغراض والمناسبات مثل قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وقوله « فى السائمة زكاة » وقوله عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وغير ذلك .

والسنة الفعلية هى أفعاله ﷺ مثل أدائه الصلوات الخمس بهيئاتها وأركانها وأدائه مناسك الحج ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

والسنن التقريرية هى ما أقره الرسول مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال بسكوته وعدم إنكاره أو بموافقته وإظهار استحسانه ، فيعتبر بهذا الإقرار والموافقة عليه صادراً عن الرسول نفسه ، مثل ما روى أنه ﷺ لما بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قال له : بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيى ، فأقره الرسول وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

(١) لفظ السنة معناه فى اللغة العربية الطريقة ومنه قوله تعالى « ولن تجد لسنة الله تبديلا » وكما تطلق على الطريقة المحمودة تطلق على الطريقة المذمومة وقد جاء فى الحديث : من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة .

— وقد ظل الإمام أحمد بن حنبل يجمع الأحاديث حتى سجل فى كتابه « المسند » أربعين ألفاً ، ومن تلاميذ حلقته البخارى ومسلم بن الحاج وأبو داود ، ولا يوجد حديث فى كتب المحدثين ليس له أصل فى هذا المسند . وكان يضيف إلى أصول فقهه أقوال الصحابة والتابعين لهم لأنها فى جملة أمرها اتباع السنة ، والصحابة هم خير الأجيال ثم الذين يلونهم ، والله سبحانه وتعالى يقول فيهم « محمد رسول الله والذين معه » .

واعتمد أحمد الإجماع إن وجد ، ولم يقبل القياس إلا اضطراراً ، وإن كان علمه بأعظم قدر من النصوص والآثار عن النبى والذين معه ، وكذلك بأصل الحرية والإباحة وبأصل المصلحة ، قد صير فقهه أوسع المذاهب .

حجيتها

٢٤ — أجمع المسلمون على أن ما صدر عن رسول الله من قول أو فعل أو تقرير ، وكان مقصوداً به التشريع والاقتداء ، ونقل إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه يكون حجة على المسلمين ومصدراً تشريعياً يستنبط منه المجتهدون الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين ، أى أن الأحكام الواردة فى هذه السنن تكوّن مع الأحكام الواردة فى القرآن قانوناً واجب الاتباع .

والبراهين على حجية السنن عديدة

أولها : نصوص القرآن ، فإن الله سبحانه فى كثير من آى الكتاب الكريم أمر بإطاعة رسوله ، وجعل طاعة رسوله طاعة له . وأمر المسلمين إذا تنازعوا فى شيء أن يردّوه إلى الله وإلى الرسول . ولم يجعل للمؤمن خياراً إذا قضى الله ورسوله أمراً . ونفى الإيمان عمن لم يطمئن إلى قضاء الرسول ولم يسلم له . وفى هذا كله برهان من الله على أن تشريع الرسول هو تشريع إلهى واجب اتباعه . قال تعالى : «قل أطيعوا الله والرسول» وقال سبحانه «من يطع الرسول فقد أطاع الله»(1) . فهذه الآيات تدل باجتماعها وتساندها دلالة قاطعة على أن الله يوجب اتباع الرسول فيما شرعه .

وثانيها : إجماع الصحابة رضوان الله عليهم فى حياته ﷺ وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته . فكانوا فى حياته يمضون أحكامه ويمتثلون أوامره ونواهيه وتحليله وتحريمه ولا يفرقون فى وجوب الاتباع بين حكم أوحى إليه فى القرآن وحكم صدر عن الرسول نفسه ولهذا قال معاذ بن جبل : «إن لم أجد فى كتاب الله ما أقضى به قضيت بسنة رسول الله» وكانوا بعد وفاته إذا لم يجدوا فى كتاب الله حكم ما نزل بهم رجعوا إلى سنة رسول الله . فأبو بكر كان إذا لم يحفظ فى الواقعة سنة خرج فسأل المسلمين هل فيكم من يحفظ فى هذا الأمر سنة عن نبينا ؟ وكذلك كان يفعل عمر وغيره من كل من تصدى للفتيا والقضاء من الصحابة ، ومن سلك سبيلهم من تابعيهم وتابعى تابعيهم بحيث لم

(1) وقال تعالى «وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم» وقال «وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا» .

يعلم أن أحداً منهم يعتدّ به خالف فى أن سنة رسول الله إذا صح نقلها وجب اتباعها .

وثالثها : أن القرآن فرض الله فيه على الناس عدة فرائض مجملة غير مبينة ولم تفصل فى القرآن أحكامها ولا كيفية أدائها . فقال تعالى : أقيموا الصلاة . وآتوا الزكاة ، وكتب عليكم الصيام . ولله على الناس حج البيت . ولم يبين كيف تقام الصلاة وتؤتى الزكاة ويؤدى الصوم والحج . وقد بين الرسول هذا الإجمال بسنته القولية والعملية لأن الله سبحانه منحه سلطة هذا التبيين بقوله عزّ شأنه «وأنزلنا إليك الذكر لتبيّن للناس ما نزّل إليهم» .

فلو لم تكن هذه السنن البيانية حجة على المسلمين وقانوناً واجباً اتباعه ما أمكن تنفيذ فرائض القرآن ولا اتباع أحكامه . وهذه السنن البيانية إنما وجب اتباعها من جهة أنها صادرة عن الرسول ورويت عنه بطريق يفيد القطع بورودها عنه أو الظن الراجح بورودها . فكل سنة تشريعية صح صدورها عن الرسول فهى حجة واجبة الاتباع سواء أكانت مبينة حكماً فى القرآن أم منشئة حكماً سكت عنه القرآن ، لأنها كلها مصدرها المعصوم الذى منحه الله سلطة التبيين والتشريع .

نسبتها إلى القرآن

٢٥ — أما نسبة السنة إلى القرآن من جهة الاحتجاج بها والرجوع إليها لاستنباط الأحكام الشرعية فهى فى المرتبة التالية له بحيث إن المجتهد لا يرجع إلى السنة للبحث عن حكم واقعة إلا إذا لم يجد فى القرآن حكم ما أراد معرفة حكمه ، لأن القرآن أصل التشريع ومصدره الأول . فإذا نص على حكم اتبع . وإذا لم ينص على حكم الواقعة رجع إلى السنة فإن وجد فيها حكمها اتبع . وأما نسبة السنة إلى القرآن من جهة ما ورد فيها من الأحكام فإنها لا تعدو واحداً من ثلاثة :

١ — إما أن تكون سنة مقررة ومؤكدة حكماً جاء فى القرآن ، فيكون الحكم له مصدران وعليه دليلان : دليل مثبت من آى القرآن ، ودليل مؤيد من سنة الرسول . ومن هذه الأحكام الأمر بإقامة الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت ، والنهى عن الشرك

بالله وشهادة الزور ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس بغير حق ، وغير ذلك من المأمورات والمنهيات التي دلت عليها آيات القرآن وأيدتها سنن الرسول ويقام الدليل عليها منهما .

٢ — وإما أن تكون سنة مفصّلة ومفسرة ما جاء في القرآن مجملا ، أو مقيدة ما جاء فيه مطلقاً ، أو مخصّصة ما جاء فيه عاماً ، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذي وردت به السنة تبييناً للمراد من الذي جاء في القرآن ، لأن الله سبحانه منح رسوله حق التبيين لنصوص القرآن بقوله عز شأنه (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم) . ومن هذه السنن التي فصلت إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت ، لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة ولم يفصل عدد ركعات الصلاة ، ولا مقادير الزكاة ولا مناسك الحج . والسنن العملية والقولية التي بينت هذا الإجمال . وكذلك أحلّ الله البيع وحرم الربا ، والسنة هي التي بينت صحيح البيع وفاسده ، وأنواع الربا المحرم ، والله حرم الميتة ، والسنة هي بينت أن المراد منها ما عدا ميتة البحر ، وغير ذلك من السنن التي بينت المراد من مجمل القرآن ومطلقه وعامه وتعتبر مكملة له وملحقة به .

٣ — وإما أن تكون سنة مثبتة ومنشئة حكماً سكت عنه القرآن فيكون هذا الحكم ثابتاً بالسنة ولا يدلّ عليه نص في القرآن . ومن هذا تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وتحريم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطيور ، وتحريم لبس الحرير والتختم بالذهب على الرجال ، وما جاء في الحديث : يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب ، وغير ذلك من الأحكام التي شرعت بالسنة وحدها ومصدرها إلهام الله لرسوله ، أو اجتهاد الرسول نفسه (١) .

(١) قال الإمام الشافعي في رسالته الأصولية : « لم أعلم من أهل العلم مخالفاً في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه — أحدها : ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل ما نص الكتاب . والآخر : ما أنزل الله عز وجل فيه جملة فبين عن الله معنى ما أراد : والوجه الثالث : ماسن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب » .

ومما ينبغي التنبه له أن اجتهاد الرسول في التشريع أساسه القرآن ومابثه في نفسه من روح التشريع ومبادئه ، فهو يستند في تشريعه الأحكام إلى القياس على ما جاء في القرآن ، أو إلى تطبيق المبادىء العامة لتشريع القرآن ، فرجع أحكام السنة إلى أحكام القرآن .

وخلاصة ما قدمنا أن الأحكام التي وردت في السنة ، إما أحكام مقررة لأحكام القرآن ، أو أحكام مبينة لها أو أحكام سكت عنها مستمدة بالقياس على ما جاء فيه أو بتطبيق أصوله ومبادئه العامة . ومن هذا يتبين أنه لا يمكن أن يقع بين أحكام القرآن والسنة تخالف أو تعارض .

أقسامها باعتبار سندها(١) :

٢٦ — تنقسم السنة باعتبار رواتها عن الرسول إلى ثلاثة أقسام : سنة متواترة . وسنة مشهورة وسنة آحاد .

فالسنة المتواترة هي ما رواها عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراده على كذب لكثرتهم وأمانتهم واختلاف وجهاتهم وبيئاتهم . ورواها عن هذا الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع مثله حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواته جمع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقي عن الرسول إلى نهاية الوصول إلينا . ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة وفي الصوم والحج والأذان وغير ذلك من شعائر الدين التي تلقاها المسلمون عن الرسول بالمشاهدة أو السماع ، جموع عن جموع ، من غير اختلاف في عصر عن عصر أو قطر عن قطر ، وقلّ أن يوجد في السنن القولية حديث متواتر .

والسنة المشهورة هي ما رواها عن رسول الله صحابي أو اثنان أو جمع لم يبلغ جمع التواتر ، ثم رواها عن هذا الراوي أو الرواة جمع من جموع التواتر ، ورواها عن هذا الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع مثله ، حتى وصلت إلينا بسند أول طبقة فيه سمعوا من الرسول قوله أو شاهدوا فعله فرد أو فردان أو أفراد لم يصلوا إلى جمع التواتر ، وسائر طبقاته جموع التواتر ، ومن هذا

(١) المراد بسند السنة سلسلة الرواة الذين نقلوها عن الرسول إلينا . والمراد بمتن السنة نفس الحديث المروي .

القسم بعض الأحاديث التي رواها عن الرسول عمر بن الخطاب أو عبد الله ابن مسعود أو أبو بكر الصديق ، ثم رواها عن أحد هؤلاء جمع لا يتفق أفراده على كذب مثل حديث إنما الأعمال بالنيات ، وحديث بني الإسلام على خمس ، وحديث لا ضرر ولا ضرار .

فالفرق بين السنة المتواترة والسنة المشهورة : أن السنة المتواترة كل حلقة في سلسلة سندها جمع التواتر من مبدأ التلقي عن الرسول إلى وصـولها إلينا . وأما السنة المشهورة فالحلقة الأولى في سندها ليست جمعاً من جموع التواتر بل تلقاها عن الرسول واحد أو اثنان أو جمع لم يبلغ جمع التواتر ، وسائر الحلقات جموع التواتر .

وسنة الآحاد هي ما رواها عن الرسول آحاد لم تبلغ جموع التواتر بأن رواها عن الرسول واحد أو اثنان أو جمع لم يبلغ حد التواتر ، ورواها عن هذا الراوي مثله وهكذا حتى وصلت إلينا بسند طبقاته آحاد لا جموع التواتر ، ومن هذا القسم أكثر الأحاديث التي جمعت في كتب السنة وتسمى خبر الواحد .

قطعيها وظنيها

٢٧ — أما من جهة الورود فالسنّة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم والقطع بصحة الخبر كما قدمنا . والسنة المشهورة قطعية الورود عن الصحابي أو الصحابة الذين تلقوها عن الرسول لتواتر النقل عنهم . ولكنها ليست قطعية الورود عن الرسول لأن أول من تلقى عنه ليس جمع التواتر ، ولهذا جعلها فقهاء الحنفية في حكم الســنة المتواترة فيخصّص بها عام القرآن ويقيد بها مطلقه لأنها مقطوع بورودها عن الصحابي والصحابي حجة وثقة في نقله عن الرسول ، فمن أجل هذا كانت مرتبتها في مذهبهم بين المتواتر وخبر الواحد .

وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول لأن سندها لا يفيد القطع .

وأما من جهة الدلالة فكل سنة من هذه الأقسام الثلاثة قد تكون قطعية الدلالة إذا كان نصها لا يحتمل تأويلا ، وقد تكون ظنية الدلالة إذا كان نصها يحتمل تأويلا .

ومن المقارنة بين نصوص القرآن ونصوص السنة من جهة القطعية والظنية يتتج أن نصوص القرآن الكريم كلها قطعية الورود ، ومنها ما هو قطعي الدلالة ومنها ما هو ظني الدلالة . وأما السنة فمنها ما هو قطعي الورود ، ومنها ما هو ظني الورود . وكل واحد منهما قد يكون قطعي الدلالة وقد يكون ظني الدلالة .

وكل سنّة من أقسام السنن الثلاثة المتواترة والمشهورة وسنن الآحاد حجة واجب اتباعها والعمل بها : أما المتواتر فلأنها مقطوع بصدورها وورودها عن رسول الله . وأما المشهورة أو ســنة الآحاد فلأنها وإن كانت ظنية الورود عن رسول الله إلا أن هذا الظن ترجّح بما توافر في الرواة من العدالة وتمام الضبط والإتقان ، ورجحان الظن كاف في وجوب العمل ولهذا يقضي القاضي بشهادة الشاهد وهي إنما تفيد رجحان الظن بالمشهود به ، وتصح الصلاة بالتحري في استقبال الكعبة وهو إنما يفيد غلبة الظن ، وكثير من الأحكام مبنيّة على الظن ، ولو التزم القطع واليقين في أمر لنال الناس الحرج .

ما ليس تشريعا من أقوال الرسول وأفعاله

٢٨ — ما صدر عن رسول الله ﷺ من أقوال وأفعال إنما يكون حجة على المسلمين واجباً اتباعه إذا صدر عنه بوصف أنه رسول وكان مقصوداً به التشريع العام والاقتداء .

وذلك أن الرسول ﷺ إنسان كسائر الناس ، اصطفاه الله رسولا إليهم ، كما قال تعالى (قل إنما أنا بشر مثلكم يوحى إليّ) .

فما صدر عنه بمقتضى طبيعته الإنسانية من قيام وقعود ومشي ونوم وأكل وشرب فليس تشريعاً ، لأن هذا ليس مصدره رسالته ولكن مصــدره إنسانيته ، لكن إذا صدر منه فعل إنساني ودلّ دليل على أن المقصود من فعله الاقتداء به كان تشريعاً بهذا الدليل .

وما صدر عنه بمقتضى الخبرة الإنسانية والحذق والتجاريب في الشؤون الدنيوية من اتجار أو زراعة أو تنظيم جيش ، أو تدبير حربي ، أو أمثال هذا

فليس تشريعاً أيضاً ، لأنه ليس صادراً عن رسالته ، وإنما هو صادر عن خبرته الدنيوية وتقديره الشخصي ، ولما رأى في بعض غزواته أن ينزل الجند في مكان معين قال له بعض صحابته : أهذا منزل أنزلكه الله أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟ فقال : بل هو الرأى والحرب والمكيدة . فقال الصحابي ليس هذا بمنزل وأشار بإنزال الجند في مكان آخر لأسباب حربية بينها للرسول . ولما رأى الرسول أهل المدينة يؤبرون النخل أشار عليهم أن لا يؤبروا فتركوا التأبير وتلف الثمر فقال لهم : أبّروا أنتم أعلم بأمور دنياكم .

وما صدر عن رسول الله ودلّ الدليل الشرعي على أنه خاص به وأنه ليس أسوة فيه فليس تشريعاً عاماً كتزوّجه بأكثر من أربع زوجات لأن قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » دلّ على أن الحد الأعلى لعدد الزوجات أربع ، واكتفائه في إثبات الدعوى بشهادة خزيمة وحده لأن النصوص صريحة في أن البينة شاهدان . ونشير هنا إلى أن قضاء الرسول في خصومه يشتمل على أمرين أحدهما إثباته وقائع ، وثانيهما حكمه على تقدير ثبوت الوقائع . فإثباته الوقائع أمر تقديري له وليس تشريعاً ، وحكمه على تقدير ثبوت الوقائع تشريع[1] .

والخلاصة أن ما صدر عن رسول الله من أقوال وأفعال في حال من الحالات الثلاث التي بيناها فهو من سنته ولكنه ليس تشريعاً ولا قانوناً واجباً اتباعه . وأما ما صدر عنه من أقوال وأفعال بوصف أنه رسول ومقصود به التشريع العام واقتداء المسلمين به فيه فهو حجة على المسلمين وقانون واجب اتباعه .

فالسنة إن أريد بها طريقة الرسول وما كان عليه في حياته فهي كل ما صدر عنه من قول أو فعل أو تقرير ، وإن أريد بها المصدر التشريعي الذي هو حجة على المسلمين وقانون واجب اتباعه فهي ما صدر عن الرسول

(١) ولهذا روى البخاري ومسلم عن أم سلمة أن رسول الله سمع خصومة بباب حجرته فخرج إليهم فقال : إنما أنا بشر وإنه يأتيني الخصوم فلعل بعضكم يكون ألحن من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها .

بوصف أنه رسول من قول أو فعل أو تقرير مقصود به التشريع واقتداء الناس به لاهتدائهم[1] .

البحث الثالث

أسباب اختلاف الفقهاء في تفسير الكتاب والسنة

نبادر إلى القول بأن الذي يمكن أن يكون محل اختلاف بين الفقهاء هو عدا ما كان قطعي الثبوت قطعي الدلالة . وقد عني العلماء قديماً وحديثاً ببيان أسباب الاختلاف ، فكتب في ذلك ابن حزم في الأحكام ، وابن تيمية في إحدى رسائله وهي رسالة رفع الملام ، وكل منهما عدها عشرة . وإذا قورن ما عده أحدهما وبينه بما ذكره الآخر كان فيها اختلاف كما يكون فيها وفاق . وقال الشاطبي في الموافقات أن ابن السيد ألّف كتاباً في أسباب الخلاف الواقع بين حملة الشريعة وحصرها في ثمانية أسباب :

(١) لا يختلف اثنان من المسلمين في أن كتاب البخاري وكتاب مسلم أصح ما ألف في حديث رسول الله ، غير أن جماعة من الناس فضلوا البخاري ، وهم أكثرية أهل الشرق ، وجماعة آخرين فضلوا مسلماً وهم جماعة من أهل المغرب وذلك يرجع إلى اختلاف أنظار الناس الذين يريدون أن ينهلوا من الصحيحين . فجماعة يريدون أن ينهلوا من الصحيحين ثمرة الرواية وهو الفقه الإسلامي . هؤلاء رأوا البخاري ، رضي الله تعالى عنه ، يعنى بالاستنباط والتدقيق فيه .

وجماعة كانوا يريدون أن يصلوا إلى الأحاديث الصحاح في سهولة ويسر ، ويصلوا مع ذلك إلى الأحاديث المتعددة في الباب الواحد وفي المسألة الواحدة .

فأما الأولون ففضلوا صحيح البخاري لما ذكرنا من أنه كان رجلاً دقيق النظر كثير الاستنباط . وأما الآخرون ففضلوا صحيح مسلم لأنه يروي الحديث الواحد بالطرق المتعددة في مكان واحد .

وقد أراد الإمام الترمذي ، رضي الله تعالى عنه ، أن يقرب الحديث إلى المكان الذي يظن منه ، وأن يستنبط منه ما استنبط البخاري ، فجمع بين طريقتي البخاري ومسلم ، طريقة البخاري حيث يعنى بالفقه ، وطريقة مسلم حيث يضع الحديث في موضعه الذي يظن أنه فيه ، وحيث يعنى بالفوائد الإسنادية فيجمع الروايات المتعددة ، إن أمكنه ذلك ، أو كان ذلك من مقصده ، في صعيد واحد . وتوسع الترمذي ما لم يتوسع البخاري ولا مسلم ، وتكلم عن أحاديث كتابه حديثاً حديثاً ، وتفرد في كتابه بمصطلحات ومسائل علمية في الحديث وفقهه لم يشاركه فيها غيره (أنظر الإمام الترمذي والموازنة بين جامعه وبين الصحيحين رسالة دكتوراه للدكتور نور الدين عتر ، ومقدمة الأستاذ الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد للتعرف على الرسالة) .

أحدها الاشتراك الواقع في الألفاظ واحتمالها للتأويلات .

والثاني دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز .

والثالث دوران الدليل بين الاستقلال بالحكم وعدمه .

والرابع دورانه بين العموم والخصوص . والخامس اختلاف الرواية .

والسادس جهات الاجتهاد والقياس . والسابع دعوى النسخ ودعوى عدمه[1] .

والثامن ورود الأدلة على وجوه تحتمل الإباحة وغيرها .

وهذا الاختلاف بين الفقهاء كان عاملا من أهم العوامل في ثروتنا الفقهية في مختلف العصور ، وقد قال فيه عمر بن عبد العزيز « ما يسرني أن لي باختلافهم حمر النعم » .

ويرجع اختلاف الفقهاء إلى ثلاثة أسس رئيسية :

أ — الاختلاف في الأصل التشريعي من حيث ثبوته ، أو كونه أصلا تشريعياً

ب — الاختلاف في فهم المراد من النص .

جـ — الاختلاف في التعارض بين النصوص .

٢٩ — ونحن إذا نظرنا إلى الكتاب والسنة من جهة ثبوتهما نجد أن القرآن مقطوع بثبوته تواتراً . أما السنة فمنها ما هو مقطوع بثبوته ، ومنها ما لا يكون كذلك وهو خبر الآحاد . ومنها ما لم يثبت عند المجتهد إما لعدم العلم به ، أو لنسيانه بعد العلم به ، أو لوجود طعن فيه ، وذلك يمنعه من التسليم به ، وحينئذ لا يكون هناك مجال للاختلاف في القرآن من هذه الجهة . أما ال[illegible]ون متواتراً وعلمه المجتهد فإنه لا يكون محلا للاختلاف أيضاً أما ما يكون غير متواتر فإنه هو الذي يكون محلا للاختلاف

[illegible]سخ في القرآن مناقشات كثيرة في الفكر الإسلامي . فذهب البعض
[illegible]بآيات أخرى وفقا للتدرج التشريعي الذي يلبي حاجة البشر .
[illegible]في القرآن ، وأن الآيات التي نزلت متأخرة ليست إلا أحكاماً
[illegible]إعداد النفس الإنسانية لتلقي التشريع السماوي بالتدريج .
[illegible]حزم وأبو جعفر النحاس والمقري البغدادي
[illegible]ي . وتحتاج هذه الكتب لعملية تحقيق ومراجعة
[illegible]من الدراسات المنهجية في التشريع ، وتصلح أساساً
[illegible]حول الدراسات المقارنة في التراث الإسلامي .

[illegible] حجرته فحتى [illegible]
بعض فأحسب أنه [illegible]
فليأخذها أو ليتركها .

٣٠ — أما من ناحية فهم المراد من نصوصهما فإنهما يكونان مجالا للاختلاف ، وذلك نظراً لوجود المشترك[1] فيهما ، ووجود العام الذي قد يلحقه التخصيص[2] ، والمطلق الذي قد يلحقه التقييد ، وغير المحكم الذي

---

(١) المشترك هو اللفظ الموضوع لمعنيين مختلفين ، أو معان مختلفة بأوضاع متعددة ، وإذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحي شرعي يراد به المعنى الاصطلاحي . أما إذا كان اللفظ مشتركا بين معان لغوية ، فلا بد من وجود قرينة تبين المراد منه ، ويبذل المجتهد جهده لمعرفة المراد من المشترك .

(٢) العام ، في اصطلاح الأصوليين ، لفظ وضع وضعاً واحداً لكثير غير محصور مستغرق لجميع ما يصلح له من الأفراد التي يصدق عليها معناه .

ومعنى تخصيص العام : صرفه عن عمومه ، وإخراج بعض ما كان داخلا في العموم ، وقصره على بعض الأفراد ابتداء ، على معنى أن الحكم الذي يتضمنه النص العام لا يتعلق بكل الأفراد بل بما بقي من أفراده بعد التخصيص . ومذهب الجمهور أنه يجوز أن يتأخر المخصص لكن بشرط ألا يكون هذا التأخر تأخراً عن وقت العمل ، فإن تأخر عن وقت العمل كان نسخاً . أما إن أريد بالعام جميع أفراده ابتداء ثم ظهرت مصلحة اقتضت قصر العام على بعض أفراده كان ذلك نسخاً جزئياً لا تخصيصاً للعام ، ووجه ذلك أنه إبطال العمل بحكم العام بالنسبة لبعض أفراده .

والعام قبل التخصيص بعض أفراده دلالة ، وله بعد التخصيص دلالة ، فيرى البعض أن دلالة العام ظنية ، وعلى هذا فلا يكاد يوجد لفظ عام قطعي الدلالة على العموم ، والراجح أن دلالة العام الذي لم يخصص ظنية . أما دلالة العام بعد التخصيص فلم يختلف في كونها ظنية .

أما الخاص فهو ما وضع وضعاً واحداً للدلالة على أفراد متعددة محصورة ، كلفظ خمسة وعشرة ، أو وضع وضعاً واحداً للدلالة على فرد ، كأحمد وحسين ورجل وإنسان .

وإذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعي دل دلالة قاطعة على معناه الخاص به ، والذي وضع له حقيقة ما لم يوجد دليل صرفه عن معناه ، وعلى إرادة معنى آخر .

والخاص أنواع كثيرة ، لأنه قد يرد مطلقاً عن القيد ، وقد يرد مقيداً ، وقد يرد بصيغة الأمر ، وقد يرد بصيغة النهي .

وقد يرد اللفظ مطلقاً في نص ويرد اللفظ عينه مقيداً في نص آخر .

فإذا كان الإطلاق والتقييد في سبب الحكم ، وكانت الحادثة والحكم متحدين ، أو إذا كان الإطلاق والتقييد في الحكم ، وكان الحكم متحداً والسبب مختلفاً ، فقد اختلفت كلمة الفقهاء في الحالتين على حمل المطلق على المقيد ، وأما إذا كان الإطلاق والتقييد في الحكم لا في السبب ، وكان الحكم والسبب متحدين ، فقد اتفق الفقهاء على حمل المطلق على المقيد ، وينقسم اللفظ باعتبار استعماله في المعنى الموضوع له ، أو في غير الموضوع له ، إلى حقيقة ومجاز .

فالحقيقة : اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع في اصطلاح المتخاطبين .

أحدها الاشتراك الواقع فى الألفاظ واحتمالها للتأويلات .

والثانى دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز .

والثالث دوران الدليل بين الاستقلال بالحكم وعدمه .

والرابع دورانه بين العموم والخصوص . والخامس اختلاف الرواية .

والسادس جهات الاجتهاد والقياس . والسابع دعوى النسخ ودعوى عدمه[١] .

والثامن ورود الأدلة على وجوه تحتمل الإباحة وغيرها .

وهذا الاختلاف بين الفقهاء كان عاملا من أهم العوامل فى ثروتنا الفقهية فى مختلف العصور ، وقد قال فيه عمر بن عبد العزيز « ما يسرنى أن لى باختلافهم حمر النعم » .

ويرجع اختلاف الفقهاء إلى ثلاثة أسس رئيسية :

ا ـ الاختلاف فى الأصل التشريعى من حيث ثبوته ، أو كونه أصلا تشريعياً

ب ـ الاختلاف فى فهم المراد من النص .

حـ ـ الاختلاف فى التعارض بين النصوص .

٢٩ ـ ونحن إذا نظرنا إلى الكتاب والسنة من جهة ثبوتهما نجد أن القرآن مقطوع بثبوته تواتراً . أما السنة فمنها ما هو مقطوع بثبوته ، ومنها ما لا يكون كذلك وهو خبر الآحاد . ومنها ما لم يثبت عند المجتهد إما لعدم العلم به ، أو لنسيانه بعد العلم به ، أو لوجود طعن فيه ، وذلك يمنعه من التسليم به ، وحينئذ لا يكون هناك مجال للاختلاف فى القرآن من هذه الجهة . أما السنة فما يكون متواتراً وعلمه المجتهد فإنه لا يكون محلا للاختلاف أيضاً من هذه الجهة ، أما ما يكون غير متواتر فإنه هو الذى يكون محلا للاختلاف من الجهة المذكورة .

(١) أثار موضوع النسخ فى القرآن مناقشات كثيرة فى الفكر الإسلامى . فذهب البعض إلى أن من آيات القرآن ما نسخ بآيات أخرى وفقا للتدرج التشريعى الذى يلبى حاجة البشر . وذهب البعض الآخر إلى أنه لا نسخ فى القرآن ، وأن الآيات التى نزلت متأخرة ليست إلا أحكاما جديدة تضاف للأحكام السابقة بغية إعداد النفس الإنسانية لتلقى التشريع السماوى بالتدريج . ـ وقد كتب فى هذا الموضوع ابن حزم وأبو جعفر النحاس والمقرى البغدادى والأجهورى والأسفراينى والعلمرى والخضرى . وتحتاج هذه الكتب لعملية تحقيق ومراجعة حتى يمكن الاستفادة منها بحسبانها تعالج نوعاً من الدراسات المنهجية فى التشريع ، وتصلح أساساً لدراسة القانون المقارن ، وتعتبر أصلا من أصول الدراسات المقارنة فى التراث الإسلامى .

٣٠ ـ أما من ناحية فهم المراد من نصوصهما فإنهما يكونان مجالا للاختلاف ، وذلك نظراً لوجود المشترك[١] فيهما ، ووجود العام الذى قد يدخله التخصيص[٢] ، والمطلق الذى قد يلحقه التقييد ، وغير المحكم الذى

(١) المشترك هو اللفظ الموضوع لمعنيين مختلفين ، أو معان مختلفة بأوضاع متعددة ، وإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى يراد به المعنى الاصطلاحى . أما إذا كان اللفظ مشتركا بين معان لغوية ، فلا بد من وجود قرينة تعين المراد منه ، ويبذل المجتهد جهده لمعرفة المراد من المشترك .

(٢) العام ، فى اصطلاح الأصوليين ، لفظ وضع وضعاً واحداً لكثير غير محصور مستغرق لجميع ما يصلح له من الأفراد التى يصدق عليها معناه .

ومعنى تخصيص العام : صرفه عن عمومه ، وإخراج بعض ما كان داخلا فى العموم ، وقصره على بعض الأفراد ابتداء ، على معنى أن الحكم الذى يتضمنه النص العام لا يتعلق بكل الأفراد بل بما بقى من أفراده بعد التخصيص . ومذهب الجمهور أنه يجوز أن يتأخر المخصص لكن بشرط ألا يكون هذا التأخر تأخراً عن وقت العمل ، فإن تأخر عن وقت العمل كان نسخاً . أما إن أريد بالعام جميع أفراده ابتداء ثم ظهرت مصلحة اقتضت قصر العام على بعض أفراده كان ذلك نسخاً جزئياً لا تخصيصاً للعام ، ووجه ذلك أنه إبطال العمل بحكم العام بالنسبة لبعض أفراده .

والعام قبل التخصيص ببعض أفراده دلالة ، وله بعد التخصيص دلالة ، فيرى البعض أن دلالة العام ظنية ، وعلى هذا فلا يكاد يوجد لفظ عام قطعى الدلالة على العموم ، والراجح أن دلالة العام الذى لم يخصص ظنية . أما دلالة العام بعد التخصيص فلم يختلف فى كونها ظنية .

أما الخاص فهو ما وضع وضعاً واحداً للدلالة على أفراد متعددة محصورة ، كلفظ خمسة وعشرة ، أو وضع وضعاً واحداً للدلالة على فرد ، كأحمد وحسين ورجل وإنسان .

وإذا ورد اللفظ الخاص فى نص شرعى دل دلالة قاطعة على معناه الخاص به ، والذى وضع له حقيقة ما لم يوجد دليل صرفه عن معناه ، وعلى إرادة معنى آخر .

والخاص أنواع كثيرة ، لأنه قد يرد مطلقاً عن القيد ، وقد يرد مقيداً ، وقد يرد بصيغة الأمر ، وقد يرد بصيغة النهى .

وقد يرد اللفظ مطلقاً فى نص ويرد اللفظ عينه مقيداً فى نص آخر .

فإذا كان الإطلاق والتقييد فى سبب الحكم ، وكانت الحادثة والحكم متحدين ، أو إذا كان الإطلاق والتقييد فى الحكم ، وكان الحكم متحداً والسبب مختلفاً ، فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى الحالتين على حمل المطلق على المقيد ، وأما إذا كان الإطلاق والتقييد فى الحكم لا فى السبب ، وكان الحكم والسبب متحدين ، فقد اتفق الفقهاء على حمل المطلق على المقيد ، وينقسم اللفظ باعتبار استعماله فى المعنى الموضوع له ، أو فى غير الموضوع له ، إلى حقيقة ومجاز .

فالحقيقة : اللفظ المستعمل فى المعنى الذى وضع فى اصطلاح المتخاطبين . ـ

أحدها الاشتراك الواقع فى الألفاظ واحتمالها للتأويلات .

والثانى دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز .

والثالث دوران الدليل بين الاستقلال بالحكم وعدمه .

والرابع دورانه بين العموم والخصوص . والخامس اختلاف الرواية .

والسادس جهات الاجتهاد والقياس . والسابع دعوى النسخ ودعوى عدمه[1] .

والثامن ورود الأدلة على وجوه تحتمل الإباحة وغيرها .

وهذا الاختلاف بين الفقهاء كان عاملا من أهم العوامل فى ثروتنا الفقهية فى مختلف العصور ، وقد قال فيه عمر بن عبد العزيز « ما يسرنى أن لى باختلافهم حمر النعم » .

ويرجع اختلاف الفقهاء إلى ثلاثة أسس رئيسية :

أ — الاختلاف فى الأصل التشريعى من حيث ثبوته ، أو كونه أصلا تشريعياً

ب — الاختلاف فى فهم المراد من النص .

ح — الاختلاف فى التعارض بين النصوص .

٢٩ — ونحن إذا نظرنا إلى الكتاب والسنة من جهة ثبوتهما نجد أن القرآن مقطوع بثبوته تواتراً . أما السنة فمنها ما هو مقطوع بثبوته ، ومنها ما لا يكون كذلك وهو خبر الآحاد . ومنها ما لم يثبت عند المجتهد إما لعدم العلم به ، أو لنسيانه بعد العلم به ، أو لوجود طعن فيه ، وذلك يمنعه من التسليم به ، وحينئذ لا يكون هناك مجال للاختلاف فى القرآن من هذه الجهة . أما السنة فما يكون متواتراً وعلمه المجتهد فإنه لا يكون محلا للاختلاف أيضاً من هذه الجهة ، أما ما يكون غير متواتر فإنه هو الذى يكون محلا للاختلاف من الجهة المذكورة .

---

(١) أثار موضوع النسخ فى القرآن مناقشات كثيرة فى الفكر الإسلامى . فذهب البعض إلى أن من آيات القرآن ما نسخ بآيات أخرى وفقا للتدرج التشريعى الذى يلبى حاجة البشر . وذهب البعض الآخر إلى أنه لا نسخ فى القرآن ، وأن الآيات التى نزلت متأخرة ليست إلا أحكاماً جديدة تضاف للأحكام السابقة بغية إعداد النفس الإنسانية لتلقى التشريع السماوى بالتدريج . — وقد كتب فى هذا الموضوع ابن حزم وأبو جعفر النحاس والمقرى البغدادى والأجهورى والأسفرايني والعامرى والخضرى . وتحتاج هذه الكتب العملية تحقيق ومراجعة حتى يمكن الاستفادة منها بحسبانها تعالج نوعاً من الدراسات المنهجية فى التشريع ، وتصلح أساساً لدراسة القانون المقارن ، وتعتبر أصلا من أصول الدراسات المقارنة فى التراث الإسلامى .

٣٠ — أما من ناحية فهم المراد من نصوصهما فإنهما يكونان مجالا للاختلاف ، وذلك نظراً لوجود المشترك[1] فيهما ، ووجود العام الذى قد يدخله التخصيص[2] ، والمطلق الذى قد يلحقه التقييد ، وغير المحكم الذى

---

(١) المشترك هو اللفظ الموضوع لمعنيين مختلفين ، أو معان مختلفة بأوضاع متعددة ، وإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى يراد به المعنى الاصطلاحى . أما إذا كان اللفظ مشتركا بين معان لغوية ، فلا بد من وجود قرينة تعين المراد منه ، ويبذل المجتهد جهده لمعرفة المراد من المشترك .

(٢) العام ، فى اصطلاح الأصوليين ، لفظ وضع وضعاً واحداً لكثير غير محصور مستغرق لجميع ما يصلح له من الأفراد التى يصدق عليها معناه .

ومعنى تخصيص العام : صرفه عن عمومه ، وإخراج بعض ما كان داخلا فى العموم ، وقصره على بعض الأفراد ابتداء ، على معنى أن الحكم الذى يتضمنه النص العام لا يتعلق بكل الأفراد بل بما بقى من أفراده بعد التخصيص . ومذهب الجمهور أنه يجوز أن يتأخر المخصص لكن بشرط ألا يكون هذا التأخر تأخراً عن وقت العمل ، فإن تأخر عن وقت العمل كان نسخاً . أما إن أريد بالعام جميع أفراده ابتداء ثم ظهرت مصلحة اقتضت قصر العام على بعض أفراده كان ذلك نسخاً جزئياً لا تخصيصاً للعام ، ووجه ذلك أنه إبطال العمل بحكم العام بالنسبة لبعض أفراده .

والعام قبل التخصيص ببعض أفراده دلالة ، وله بعد التخصيص دلالة ، فيرى البعض أن دلالة العام ظنية ، وعلى هذا فلا يكاد يوجد لفظ عام قطعى الدلالة على العموم ، والراجح أن دلالة العام الذى لم يخصص قطعية . أما دلالة العام بعد التخصيص فلم يختلف فى كونها ظنية .

أما الخاص فهو ما وضع وضعاً واحداً للدلالة على أفراد متعددة محصورة ، كلفظ خمسة وعشرة ، أو وضع وضعاً واحداً للدلالة على فرد ، كأحمد وحسين ورجل وإنسان .

وإذا ورد اللفظ الخاص فى نص شرعى دل دلالة قاطعة على معناه الخاص به ، والذى وضع له حقيقة ما لم يوجد دليل صرفه عن معناه ، وعلى إرادة معنى آخر .

والخاص أنواع كثيرة ، لأنه قد يرد مطلقاً عن القيد ، وقد يرد مقيداً ، وقد يرد بصيغة الأمر ، وقد يرد بصيغة النهى .

وقد يرد اللفظ مطلقاً فى نص ويرد اللفظ عينه مقيداً فى نص آخر .

فإذا كان الإطلاق والتقييد فى سبب الحكم ، وكانت الحادثة والحكم متحدين ، أو إذا كان الإطلاق والتقييد فى الحكم ، وكان الحكم متحداً والسبب مختلفاً ، فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى الحالتين على حمل المطلق على المقيد ، وأما إذا كان الإطلاق والتقييد فى الحكم لا فى السبب ، وكان الحكم والسبب متحدين ، فقد اتفق الفقهاء على حمل المطلق على المقيد ، وينقسم اللفظ باعتبار استعماله فى المعنى الموضوع له ، أو فى غير الموضوع له ، إلى حقيقة ومجاز .

فالحقيقة : اللفظ المستعمل فى المعنى الذى وضع فى اصطلاح المتخاطبين . =

= والمجاز : اللفظ المستعمل فى غير ما وضع له لعلاقة بينه وبين المعنى الذى وضع له مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقى الذى وضع له اللفظ .

وينقسم اللفظ بالنسبة إلى ظهور المعنى المراد منه وخفائه إلى : واضح الدلالة ، وغير واضح الدلالة أى خفى الدلالة .

فواضح الدلالة : اللفظ الذى لا يفهم منه المعنى المراد لغموضه وخفائه إلا بأمر خارجى .

وينقسم اللفظ ، باعتبار دلالته على المعنى المراد ، إلى أربعة أقسام : عبارة النص ، إشارة النص ، دلالة النص ، اقتضاء النص .

دلالة عبارة النص : هى دلالة اللفظ على المعنى المتبادر منه سواء قصد هذا المعنى أصالة من السياق أو كان مقصوداً تبعاً .

دلالة إشارة النص : هى دلالة اللفظ على المعنى الذى لم يقصد أصالة ولا تبعاً ، ولكنه لازم المعنى المتبادر فهمه فى النص والمقصود من السياق .

ودلالة إشارة النص كدلالة عبارة النص فى إفادة القطعية إلا إذا وجد ما يصرف الحكم من القطعية إلى الظن .

دلالة النص : هى دلالة اللفظ على ثبوت الحكم المنطوق به المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة الحكم التى يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى الرأى والاجتهاد . ووجه تسمية تلك الدلالة بدلالة النص ، كون الحكم الثابت بها لا يفهم من اللفظ وحده كما فى الدلالتين السابقتين ، بل يفهم من اللفظ ، وأمر آخر هو علته ومناطه .

وقد سمى بعض العلماء هذه الدلالة فحوى الخطاب ، أى مقصده ومرماه ، ويسميها آخرون القياس الجلى . وأكثر العلماء يفرقون بين القياس ودلالة النص ويقولون بالمغايرة بينهما .

دلالة الاقتضاء : هى دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام واستقامة معناه أو صحته شرعاً على تقديره فى الكلام ، والذى يثبت بهذه الدلالة يفيد القطع ، لأن الثابت بها أمر ضرورى لصحة الكلام وصدقه .

هذا ولا يختلف الأصوليون فى صحة الاحتجاج بمفهوم الموافقة ، أما المفهوم المخالف فقد اختلفوا فيه ، فذهب بعضهم إلى الاحتجاج بمفهوم المخالفة على معنى أن النص الشرعى إذا دل على حكم فى محل مقيد بقيد ، فإنه يدل على ثبوت نقيض هذا الحكم لإقرار مقيد عند انتفاء القيد ، ومقتضاه أن يكون النص دالا على حكمين : أحدهما منطوق ، والثانى مفهوم ، وذهب أكثرهم إلى عدم جواز الاحتجاج بمفهوم المخالفة ، فلا يدل النص على حكم المسكوت ، بل حكمه مسكوت عنه يستفاد من دليل شرعى آخر أو أصل مقرر آخر ، كالإباحة الأصلية مثلا .

ويبين مما تقدم أن تفسير النص هو فى حاجة مستمرة إلى قرائن تعين على فهمه الفهم الصحيح ، ومن ثم كان ما أنف بيانه من ضوابط لا يكفى وحده للاهتداء فى التفسير ، لأننا لا نزال مع ذلك فى حاجة إلى ضوابط أخرى مساعدة فى تفسير القواعد القانونية سنعرض لها عند التحدث عن تفسير هذه القواعد . وتلك الضوابط قد تكون خارجة عن النص ولكنها مرتبطة به برابطة ما ، وقد تكون مجموعة من القواعد العامة ، بالنسبة لبعض القواعد القانونية ، كتلك التى توصل إليها فقه القانون الدولى نتاج الجهد الفقهى والقضائى خلال =

يقبل النسخ فى حياة الرسول ، إلى غير ذلك مما يجعلها غير نص فى المراد ، لأن كلا منهما يرد عليه ما ذكرنا .

٣١ — وأما من ناحية التعارض ، فليس فى كل منهما تعارض حقيقى يمنع من العمل، ولكن قد يكون هناك تعارض ظاهرى يزول بالتفهم الصحيح ما لم يكن ذلك التعارض نسخاً لحكم سابق كان موقتاً وإن كان قد خفى علينا توقيته قبل العلم بالمتأخر الذى يكون ناسخا ، فإذا علم زال التعارض . غير أن السنة قد يرد فيها — ما لم تكن متواترة وصح تواترها عند جميع الفقهاء — ما يراه المجتهد تعارضاً حقيقياً يستحيل معه العمل بمقتضى النصين فيقضى بتساقطهما ، لأنه يرى عدم صحتهما ، فى حين أن غيره لا يراهما كذلك ، ويقضى بترجيح أحدهما ، أو بالجمع بينهما ، أو يقضى بنسخ أحد النصين للآخر لتيقنه بالمتأخر . وسنعرف كل ذلك عند الكلام التفصيلى على هذا الموضوع .

وبناء على ما تقدم يتضح أن هذا الموضوع ينقسم فى بحثه إلى ثلاثة مطالب: مطلب خاص بالسنة ، وهو ثبوت ورودها عن الرسول مع العلم بها ، ومطلبان يشترك فيهما الكتاب والسنة ، وهما فهم المراد منهما ، والتعارض

= القرون الأربعة الماضية ، وإن لم تكن هذه القواعد قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ، وإنما هى أصول وضوابط الهداية والإرشاد .

ويخلص مما سبق أن الفقه الإسلامى نهج فى تفسير النصوص الشرعية منهجاً منطقياً دقيقاً غاية الدقة ، سديداً إلى أبعد مدى ، فالنصوص لا تقتصر دلالتها على مجرد مفهوم الألفاظ والعبارات ، وإنما تتجاوز ذلك إلى روح التشريع ومبادئه الأساسية وما يتفق مع العقل ، وهكذا رأينا كيف تنقسم دلالة النص إلى دلالة المنطوق ودلالة المفهوم ، ودلالة المنطوق إلى دلالة العبارة ودلالة الإشارة ، ودلالة المفهوم إلى الحكم الموافق والحكم المخالف .

هذا والقواعد والضوابط التى قررها علماء أصول الفقه الإسلامى فى طرق دلالة الألفاظ على المعانى ، وفيما يفيد العموم من الصيغ ، وفيما يدل عليه العام والمطلق والمشترك ، وفيما يختص بالتأويل وما لا يحتمل التأويل ، وفى أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وفى أن العطف يقتضى المغايرة ، وأن الأمر المطلق يقتضى الإيجاب وغير ذلك من ضوابط فهم النصوص واستثمار الأحكام منها كما تراعى فى فهم النصوص الشرعية تراعى فى فهم نصوص القانون المدنى والتجارى وقانون المرافعات والعقوبات وغيرها من قوانين الدولة الموضوعة باللغة العربية طبقاً للمادة الثانية من دستورنا الحالى « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادىء الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع » .

الظاهرى الذى قد يبدو فيهما . ومن هنا ستفرد السنة بالكلام عليها من حيث ثبوت ورودها والعمل بها ، ثم نتكلم عليها وعلى الكتاب من حيث فهم المراد من نصوصهما ، ثم من حيث تعارض نصوصهما .

المطلب الأول

أسباب الاختلاف فى السنة من حيث ثبوتها والعمل بها

قد علمنا أن السنة المتواترة لا مجال للاختلاف فيها – من حيث ثبوتها – بعد علمها . أما غير المتواترة فقد كان الصحابة والتابعون ومن بعدهم يختلفون فيها من النواحى الآتية :

(أ) العلم بها .

(ب) استمرار العلم بها .

(ح) ثبوت صحتها .

(د) مدى العمل بأنواعها .

٣٢ – العلم بها : إن الصحابة رضوان الله عليهم ما كانوا يكتبون السنة ، بل كانوا يعوّلون فى ذلك على حافظتهم ، اللهم إلا ما كان من نفر قليل منهم فى بعض الأحيان كعبد الله بن عمرو . ولذا وجد بينهم اختلاف فى العلم بها ، لأنهم لم يكن فيهم من يحيط بهـا علما ، حتى من كان منهم أكثر ملازمة للرسول ﷺ كأبى بكر وعمر وابن مسعود وعبد الله بن عمرو وأبى هريرة ، ذلك أن من البديهى أن سنن رسول الله لا تعزب عن عامة المسلمين وقد تعزب عن بعضهم . يدل على ذلك أن الجدة سألت أبا بكر رضى الله عنه نصيبها فى الميراث ، فقال : لا أجد لك فى كتاب الله شيئاً ، ولا أعلم أن رسول الله ﷺ ذكر لك شيئاً ، وكان لا يعلم السـنة التى وردت فى ذلك . فلما صلى الظهر سأل الناس : أيكم سمع عن رسول الله ﷺ فى الجدة شيئاً ؟ فقال المغيرة بن شعبه : حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس . فقال أبو بكر هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال ما قال المغيرة ، فأنفذه لها أبو بكر .

ولا شك أن الذى كان لا يصله الحديث ربما كان يفتى الناس على غير مقتضى هذا الحديث بناء على اجتهاد رأيه ، أو بناء على دليل آخر كان عنده ؛ أما من وصله الحديث فإنه كان يفتى بمقتضاه . ومن هنا ينشأ الاختلاف فى الحكم . ومن أمثال ذلك أن عثمان رضى الله عنه كان يرى أن من توفى عنها زوجها لا يلزمها أن تعتد فى بيت الوفاة ، إلى أن أخبرته الفُرَيْعة بنت مالك (أخت أبى سعيد الخدرى) أنها لما قتل زوجها سألت رسول الله ﷺ أن ترجع إلى أهلها لأن زوجها لم يترك لها منزلا يملكه ولا نفقة . فقال رسول ﷺ : نعم . فقالت : فانصرفت حتى إذا كنت فى الحجرة ، أو فى المسجد (شك من الراوى) دعانى ، أو أمر بى فدعيت (شك من الراوى) فقال : كيف قلت ؟ قالت : فرددت عليه القصة التى ذكرت له من شأن زوجى . فقال : أمكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله . فقالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا . قالت : فلما كان عثمان رضى الله عنه أرسل إلىّ فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به » وقد روى هـذا الحديث أحمد وأصحاب السنن(١) .

ولكن بعض الصحابة قد خالف عثمان فى هذا ، إما لعدم اطمئنانه لصحة الحديث ، وإما لعدم العلم به . ومن هؤلاء عائشة وابن عباس رضى الله عنهما .

٣٣ – استمرار العلم بها : قد علمنا أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا لا يكتبون السنة إلا من ندر منهم ، وكانوا يعتمدون على حفظهم . وهذا قد يؤدى إلى أن ينسى الصحابى بعض ما كان قد حفظ فيفتى فى المسألة التى تعرض له – وهى مما يتعلق بهذه السنة – بناء على اجتهاده إن لم يتذكرها أما إذا تذكرها فإنه يفتى فيها بما يتفق مع هذه السنة . ومن عدم تذكرها – ولو ذكره مذكر – ينشأ بين الفقهاء الاختلاف فى الحكم فى هذه المسألة .

ومن ذلك ما روى : أن عمر رضى الله عنه كان يرى أن الجنب الذى

(١) أنظر الروضة الندية ٢٢٦ طبعة بولاق – تفسير القرطبى ج ٣ ص ١٧٦ – ١٧٧ طبعة دار الكتب .

لا يجد ماء لا يجزئه التطهر بالتيمم . ومثل هذا الرأى قد روى عن عبد الله ابن مسعود أيضاً . ولكن عمار بن ياسر كان يرى كفاية ذلك . والذى يشهد لهذا الاختلاف ما روى مسلم فى صحيحه : « أن رجلا أتى عمر فقال : إنى أجنبت فلم أجد ماء فقال عمر : لا تصل . فقال عمار بن ياسر : أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت فى سرية فأجنبنا فلم نجد ماء ، فأما أنت فلم تصل ، وأما أنا فتمعكت (أى تمرغت) فى التراب ، فقال النبى ﷺ : إنما كان يكفيك أن تضرب الأرض بيديك ثم تنفخ ، ثم تمسح بهما على وجهك وكفيك ؟ فقال عمر : اتق الله ياعمار : قال عمار : إن شئت لم أحدث به » وقد جاء فى رواية أن عمر قال له : « نولك ما توليت(١) » وفى هذه الجملة الأخيرة إذن من عمر لعمار برواية هذا الحديث على عهدته كما هو ظاهر ، وظاهر هذا الحديث أن عمر استمر على رأيه ولم يقتنع بقول عمار . وكان على ابن أبى طالب وأبو موسى الأشعرى وغيرهما من الصحابة على ما روى عمار فيما تقدم .

وقد بقى الخلاف فى هذه المسألة وأمثالها بعد عصر الصحابة ، لأن التابعين كانوا يأخذون عن الصحابة ، وكل جماعة منهم كانت تتلمذ لصحابى ، ومعروف أن كل تلميذ يأخذ برأى أستاذه ، ويتعصب له ، فكان التابعون ومن بعدهم على هذا المبدأ ، بل وكانوا أشد من غيرهم فيه . فقد كان الواحد منهم يتمسك برأى إمامه اعتقاداً منه أن إمامه لم يأخذ به إلا عن دليل وليس هناك — بحسب رأيه — دليل فى المسألة سواه .

ثبوت صحتها

٣٤ — قد عرفنا أن رواة السنة كانوا يعتمدون على حافظتهم ، فإذا أضفنا إلى هذا أن السنة لم تدون إلا فى القرن الثانى الهجرى ، على ما هو المشهور ، وأن الناس بفطرتهم يختلفون فى قوة الحفظ واستدامته ، كما أنهم يختلفون فى تثبتهم فيما ينقلونه عن غيرهم ، وكذا فى مقدار ضبطهم وفهمهم لما ينقلون ، كما أن بعضهم ربما يحدث عن شخص مع أنه لم يسمع منه ،

(١) انظر صحيح مسلم فى باب التيمم — مختصر سنن أبى داود للحافظ المنذرى ج ١ ص ٢٠٣ طبعة أنصار السنة المحمدية .

وإنما سمع ما حدث به عنه من شخص كان قد سمعه منه . إذا علمنا ذلك أمكننا أن ندرك أن الفقهاء من صحابة ومن غيرهم كان يدخل عليهم عدم الاطمئنان إلى صحة الحديث الذى ينقل إليهم فى بعض الأحيان تبعاً لحال من يرويه ، وتبعاً لحال الحديث نفسه من حيث موافقته للقرآن والسنة المشهورة ، وعدم موافقته .

فالراوى الذى يكون واهى التثبت — قد يروى الحديث عمن لم يسمعه منه ، لأنه قد يكتفى بروايته عنه بناء على السماع بأنه قاله . كما أنه قد يكون للراوى حالتان : حالة استقامة يحسن فيها الضبط : أى حفظه لما سمعه بحيث يمكنه استحضاره متى أراد ، وحالة اختلاط فى العقل يرتفع فيها الأمان عما يرويه ، ولا نعلم فى أى من الحالتين روى الحديث . أضف إلى ذلك ما قد يكون من الأمور التى تجعل حديث الراوى موضع شك ، كأن يكون مخالفاً فى حكمه لظاهر القرآن أو لسنة مشهورة، أو يكون ضعيف السند. فمن وصله الحديث من طريق صحيحة فى رأيه ولم يكن موضع شك عنده — وثق به وعمل بمقتضاه . ومن وصله هذا الحديث من طريق ضعيفة أو كان موضع شك عنده فإنه لا يثق به ولا يعمل بمقتضاه ، ومن هنا كانوا يختلفون ، ومن أمثلة ذلك .

١ — روى البخارى ومسلم فى صحيحيهما أن عمر لما أشكل عليه ميراث الجد سأل الناس فقال : « هل منكم من يعلم من رسول الله فى الجد شيئاً ؟ فقال معقل بن يسار المزنى : أعطاه السدس . قال عمر مع من ؟ قال : لا أدرى . قال : لا دريت . فما تغنى إذن » وظاهر من الحديث أن عمر أهمل الأخذ به ، لعدم ثبوت صحته عنده .

وقد كان عمر يرى — اجتهادا منه — أن يشارك الجد الأخوة والأخوات بشرط ألا ينقص عن السدس . ثم عاد فرأى أن يشاركهم بشرط ألا ينقص عن الثلث . ولكن ابن عباس وأبا موسى الأشعرى وعائشة وغيرهم كانوا يرون — اجتهاداً منهم أيضاً — أن الجد يحجب الأخوة كما يحجبهم الأب ، لأن القرآن سماه أبا كما جاء فى قوله تعالى : « ملة أبيكم إبراهيم » وقوله حكاية عن يوسف عليه السلام « واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحاق ويعقوب »

فيكون الحجب بمقتضى النص عندهم لأن المراد بالأب هو الأصل لا الأب المباشر خاصة حسب المتعارف .

٢ — روى فى الصحيحين وغيرهما عن فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقنى زوجى ثلاثاً فلم يجعل لى رسول الله ﷺ لا نفقة ولا سكنى » مع العلم بأنها لم تكن حاملا ، وقد أنكر عمر عليها قولها . وقال : « لا نترك كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة لا ندرى : لعلها حفظت أو نسيت . لها النفقة والسكنى » ويشير بقوله « لا نترك كتاب ربنا » إلى قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن » وقد جاء هذا عاماً فى المطلقات كيفما كان الطلاق . ومن حيث إنه وجب عليها الإقامة فى بيت مطلقها أثناء العدة كان لها النفقة ضرورة احتباسها ، إذ لو لم يكن لها نفقة فى هذه الحال لكان فى ذلك أعظم الضرر ، والله يقول فى هذه الآية نفسها : « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » . ويشير بقوله « سنة نبينا » إلى السنة التى رواها عمر نفسه : سمعت رسول الله ﷺ أنه قال : « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت فى العدة » .

وهكذا يبين من قول عمر السابق أنه لا يثق بهذا الحديث ، لأنه لا يثق بضبط الراوى ، حيث قال : لعلها حفظت أو نسيت . ولا سيما أنها خالفت مطلق القرآن ، والسنة المشهورة التى يعرفها عمر نفسه ، وكان أسامة ابن زيد يرى رأى عمر . أما ابن عباس ومعه بعض الصحابة فإنهم كانوا يرون أنها لا نفقة لها ولا سكنى : لأن الحديث صح عندهم . ويظهر أنهم كانوا يرون أن الآيات السابقة إنما هى فى المطلقة رجعياً .

وقد اختلف من كان بعد الصحابه تبعاً لاختلاف الصحابة ، فمن كان يرى رأى عمر فى عدم صحة الحديث أخذ بما أخذ به عمر ، ومن كان يرى رأى ابن عباس ومن معه فى قبول الحديث أخذ برأيهم . فقد ذهب أبو حنيفة إلى الأول ، وذهب أحمد إلى الثانى . أما الشافعى ومالك فقد ذهبا إلى التفريق بين النفقة والسكنى فقالا : لا نفقة لها ما لم تكن حاملا ولكن لها السكنى ، واعتمدا فى السكنى على الآيتين السابقتين ، إذ أنهما بمنطوقهما تدلان على أن لها السكنى ، وأما النفقة فقد اعتمدا فى عدم إيجابها على المفهوم من آية

أخرى جعلت النفقة للحوامل فقط وهى قوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »(١) . فاشتراط الحمل على الإنفاق يدل على عدم الإنفاق إذا لم تكن حاملا ، ومن ذلك نجد أنهما لم يأخذا برواية فاطمة بنت قيس ، لأن حديثها يخالف القرآن فى بعض ما جاء فيه ، وهو السكنى .

ومما ذكر يتبين أن الفقهاء من الصحابة وغيرهم يختلفون فى الأخذ بالحديث لاختلافهم فى حفظ الراوى ، أو تثبته ، أو لأن الحديث جاء فيه ما يخالف القرآن ، فمن صح عنده الحديث أخذ به ووفق بينه وبين ما جاء فى القرآن ، ومن لم يصح عنده رده وأفتى بما يؤديه إليه اجتهاده .

مدى العمل بأنواعها

٣٥ — قد عرفنا أن الحديث متواتر وغير متواتر . وأن غير المتواتر هو خبر الآحاد . وقد كان خبر الآحاد ينقسم عند العلماء فيما قبل عصر الترمذى (٢٠٩ — ٢٧٩ هـ) إلى قسمين : صحيح وضعيف . وكان الضعيف ينقسم إلى قسمين : متروك وغير متروك . ولما جاء الترمذى قسم خبر الآحاد إلى صحيح وحسن وضعيف فصار خبر الآحاد منذ عصر الترمذى ثلاثة أقسام . وغير المتروك عند الأقدمين هو الذى سماه الترمذى حسنا . وفى هذا يقول ابن تيمية(٢) : كان الحديث (يريد غير المتواتر) فى اصطلاح من قبل الترمذى : إما صحيح ، وإما ضعيف . والضعيف نوعان : ضعيف متروك ، وضعيف ليس بمتروك .

وقد عرفنا أن المتواتر : ما رواه جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب عن مثلهم حتى يصل إلى الرسول ﷺ . أما خبر الآحاد الصحيح فهو الحديث الذى اتصل سنده إلى الرسول ﷺ ، وكان كل من فى سنده معروفاً بالعدالة والضبط ، ولم يكن شاذاً ولا معلولا بعلة تقدح فيه . والمراد بكونه غير شاذ ألا ينفرد راويه الثقة الضابط عما يرويه الرواة الآخرون . والمراد بكونه

(١) انظر صحيح مسلم ج ١٠ ص ٩٩ طبعة المطبعة المصرية — تفسير القرطبى ج ١٨ ص ١٦٦ — ١٦٧ .

(٢) فى كتابه منهاج السنة .

غير معلول بعلة قادحة — ألا يكون فيه سبب يورث الشك فيه ، وهذه الأسباب كثيرة يعرفها من تبحر فى علم الحديث . ومنها أن يكون راويه متهما بعدم التقائه بمن روى عنه ، أو علم تثبته من ثقة من روى عنه ، أو اتباعه فى الدين ، أو الاختلاط فى العقل . . . إلى غير ذلك مما يقدح فى الحديث. وأما الحديث الحسن فهو : ما كان راويه غير متهم بالكذب مع مجيئه من أكثر من طريق ، على أن يكون خالياً من الشذوذ . فهو حينئذ يكون أنزل درجة من الصحيح ، لأن الصحيح يشترط فيه ثبوت العدالة ، فيلزم أن يكون راويه معروفاً بالصدق ، لا غير متهم بالكذب فحسب . وأما الضعيف فهو الذى لا تتوافر فيه شروط الصحة ، ولا شروط الحسن . ومن ذلك المرسل ، والمنقطع ، والموقوف . . . إلى غير ذلك مما ذكر فى كتب علوم الحديث .

غير أن بعض العلماء — وهم الحنفية — قد قسموا الحديث غير المتواتر إلى مشهور ، وخبر آحاد . ثم عرفوا المشهور بأنه ما لم يكن متواترا فى عصر الصحابة ثم تواتر فى القرن الثانى والثالث : أى بعد عصر الصحابة ، أما خبر الآحاد فهو ما لم يتوافر فى عصر من العصور الثلاثة وإن تواتر بعد ذلك . وليس معنى تقسيم الأحناف للحديث هذا التقسيم أن المشهور يخرج عن دائرة الآحاد فى الاصطلاح العام ، لأن كل ما هو غير متواتر خبر آحاد وإن كان مشهوراً . إلا أن الأحناف رتبوا على كونه مشهوراً أحكاماً لا تترتب على غير المشهور من خبر الآحاد فجعلوه قسما مستقلا .

وتعويلا على ما تقدم فقد اتفقت كلمة العلماء على أن المتواتر يفيد العلم القطعى بوروده عن الرسول . فهو قطعى الثبوت كالقرآن . فيجب العمل به . ولا مجال للاختلاف فى الأحكام التى تؤخذ منه إذا كان قطعى الدلالة . مثله فى ذلك مثل القرآن ، حتى أنه يجوز نسخ القرآن به .

أما غير المتواتر : سواء منه الصحيح المشهور ، والصحيح غير المشهور فهو أنزل درجة عن المتواتر ، وإذن يكون أنزل من القرآن . وعلى هذا لا يصح أن ينسخه — عند الجمهور — وإن كان يصح أن يخصص عامه ، ويقيد مطلقه ، ويبين مبهمه ، ويفسر مجمله . أما الأحناف فقد جعلوا

المشهور — حسب ما عرفناه عنهم — ميزة فوق غيره من أخبار الآحاد ، لأنه يعطى ظنا قريباً من اليقين ، فهو قريب جداً من المتواتر . ومن هنا قالوا : يصح أن ينسخ به القرآن كما أنه يخصص عامه ، ويقيد مطلقه أيضاً دون غيره من أخبار الآحاد .

ولكن يجب التنبيه إلى أن الأحناف لا يجعلون غير المشهور مخصصاً أو مقيداً إلا إذا كان مقارناً للعام أو المطلق ، لأنه إذا لم يكن مقارناً لهما يكون ناسخا تمسكاً بمبدئهم فى أن المتراخى يكون ناسخاً .

ويرى بعض المعتزلة ، ومعهم الخوارج : أن المشهور لا يعدو أن يكون خبر آحاد فلا يفيد إلا مجرد الظن حتى ولو كان قطعى الدلالة ، ضرورة أنه ظنى الثبوت ، وعلى ذلك لا يصح أن يكون حاكماً على الكتاب : فلا ينسخه ولا يخصص عامه ، ولا يقيد مطلقه ، لأن ما يفيد الظن لا يكون حاكما على ما يفيد القطع .

ويتبع مما تقدم أن أخبار الآحاد يجب العمل بها عند من صحت عنده : فتخصص عام القرآن ، وتقيد مطلقه ولكن لا تنسخه . ولكنها يهمل العمل بها عند من لم تصح عنده ، بل كانت عنده فى مرتبة الضعيف . غير أن الحنفية ذهبوا إلى النسخ بالمشهور من أخبار الآحاد ، لأنه فى قوة المتواتر .

وإهمال العمل بما يكون ضعيفاً فى نظر الفقيه إنما يكون إذا لم ينجبر ضعفه . فإذا انجبر ضعفه عمل به . وذلك يكون بوروده من طرق أخرى ، أو ورود سنة أخرى صحيحة تدل على معناه . . . إلى غير ذلك مما قرره العلماء . ومن الضعيف ما سموه المرسل ، ولكنهم اختلفوا فى العمل به — كما سنبين عند الكلام الخاص به .

٣٦ — ومما تقدم نرى أن العلماء قد يختلفون فى الأحكام إذا ما ورد حديث يكون فيه زيادة على الكتاب من ناحية كونه مخصصاً لعامه ، أو مقيداً لمطلقه ، أو ناسخا لبعض أحكامه ، وذلك ناشىء من اختلافهم فى مبادئهم المتعلقة بالحديث كما قدمنا . ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

ورد فى القرآن الكريم آيتان تفيدان حد الزانى ، إحداهما سابقة على

الأخرى فى النزول . أما السابقة فهى قوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا »(١) .

ثم نزلت آية أخرى بعد السابقة خلصتهن من الإمساك فى البيوت إلى حين الوفاة ، وجعلت حدهن الجلد مائة جلدة . وهى قوله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين(٢) » فهذه الآية قد بينت حد الزانى وهو الجلد على النحو المذكور فى الآية ، فتكون بالنسبة للنساء ناسخة لإمساكهن فى البيوت التى قضت به الآية الأولى(٣) وكان مقتضى الحد المذكور فى الآية الثانية أن كل زان وكل زانية ينفذ فيه حد الجلد : سواء أكانا محصنين : أى متزوجين ، أم لم يكونا كذلك ، نظراً إلى العموم الذى يفيده لفظ « الزانية والزانى » .

ولكنه قد وردت أحاديث كثيرة تدل على أن هذا الحد المذكور فى الآية الثانية خاص بالذى لم يحصن . أما الذى أحصن فإنه يرجم بالحجارة حتى يموت . وفيما يلى بعض هذه الأحاديث .

١ — قد روى مسلم وأبو داود والترمذى عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال : خذوا عنى . قد جعل الله لهن سبيلا . البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة . والثيب بالثيب جلد مائة والرجم »(٤) . وهذا اللفظ لمسلم. فهذا الحديث دلَّ على أن الجلد يكون لغير المحصن مع زيادة هى التغريب سنة ، وعلى أن المحصن يجلد ويرجم ، فيكون حد المحصن مغايراً لحد غير المحصن .

٢ — قد روى البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول ﷺ

(١) آية ١٥ — النساء .
(٢) آية ٢ — النور .
(٣) يرى بعضهم أن هذه الآية غير ناسخة للأولى لأن الأولى ليست فى الزنا ، وإنما هى فى السحاق الذى يكون بين المرأتين .
(٤) أنظر صحيح مسلم جـ ١١ ص ١٨٨ — ١٩٠ طبعة المطبعة المصرية .

قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام ، وإقامة الحد عليه » . وتقييد الحديث بإقامة الحد — وهو الجلد — على من لم يحصن يفيد أن للمحصن حداً آخر ، وهو ما دل عليه الحديث السابق ، كما أنه زاد التغريب عاماً عن الجلد المذكور فى الآية .

٣ — وروى البخارى أيضاً عدة أحاديث لم يجىء فيها أكثر من الرجم للمحصن : أى لم يرد فيها الجلد . منها حديث ماعز الذى رواه ابن عباس ، وهو الذى يقول فيه الرسول لماعز بعد أن أخبره أنه زنى لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت . فقال ماعز : لا ، ثم استمر على إقراره . قال ابن عباس فعند ذلك أمر برجمه . ومنها ما روى عن أبى هريرة أن رجلا أتى النبى ﷺ وهو فى المسجد فقال : إنى زنيت . فأعرض عنه الرسول حتى كرر ذلك أربع مرات فدعاه الرسول وقال له أبك جنون ؟ قال : لا . قال : فهل أحصنت ؟ قال : نعم . قال النبى ﷺ : اذهبوا به فارجموه ..... إلى غير ذلك من الأحاديث التى اقتصر فيها على الرجم(١) .

وكذلك روى مسلم — فى حادثة ماعز — عن جابر بن سمرة أنه قال : رأيت ماعز بن مالك حين جىء به إلى النبى ﷺ رجل قصير أعضل ليس عليه رداء فشهد على نفسه أربع مرات أنه زنى فقال رسول الله ﷺ : فلعلك . قال : لا والله . إنه قد زنى الآخر . قال : فرجمه . ولكن البخارى — كما تقدم — رواه بمعناه عن ابن عباس . وفيه يقول لعلك غمزت ... الخ .

٥ — وقد روى مسلم أيضاً عن بريدة أن امرأة من غامد من الأزد جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت « يا رسول الله إنى قد زنيت فطهرنى ، وأنه ردها . فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردنى ؟ لعلك إن تردنى كما رددت ماعزا . فوالله إنى لحبلى ، قال : إما لا فاذهبى حتى تلدى . فلما ولدت أتته بالصبى فى خرقة ، قالت هذا قد ولدته . قال إذهبى فأرضعيه حتى تفطميه . فلما فطمته أتته بالصبى فى يده كسرة خبز ، فقالت : هذا يا نبى الله قد فطمته ، وقد أكل الطعام . فدفع الصبى إلى رجل من المسلمين ، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها » .

(١) انظر صحيح البخارى جـ ٨ ص ١٦٥ — ١٦٧ طبعة المطبعة الأميرية .

وقوله ﷺ في الحديث : « إما لا فاذهبي حتى تلدي » معناه إن لا ترجعي عن عزمك ، وأبيت إلا التطهير دون الستر على نفسك والتوبة فاذهبي حتى تلدي[1] .

٦ – وكذلك روى مسلم عن عمر بن حصين « أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنى فقالت يانبي الله أصبت حداً فأقمه علي . فدعا نبي الله ﷺ وليها ، فقال : أحسن إليها فإذا وضعت فائتني بها ففعل . فأمر بها نبي الله ﷺ فشكت عليها ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت .

٧ – وقد روى البخاري ومسلم والترمذي وغيرهم – واللفظ هنا لمسلم – أن أبا هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا : إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ ، فقال يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله . فقال الخصم الآخر – وهو أفقه منه – : نعم فاقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لي . فقال رسول الله ﷺ : قل . قال : إن ابني كان عسيفاً (أجيراً) على هذا ، فزنى بامرأته . وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة (جارية) . فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم . فقال رسول الله ﷺ : والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها . قال : فغدا عليها فاعترفت . فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت[2] .

٣٧ – ومن هنا حصل خلاف بين الفقهاء – بعد الصحابة – في الرجم . فقد أجمع الفقهاء – غير الخوارج وبعض المعتزلة – على وجوب جلد الزاني البكر ، ورجم المحصن . أما الخوارج وبعض المعتزلة فقد رأوا

---

(١) كلمة (إما لا) ترد في المحاورات . وأصلها : إن ما لا . و (ما) هنا زائدة ، وأدغمت النون في (ما) . والمعنى : إن لا تفعل هذا فليكن هذا .

(٢) أنظر في هذه الأحاديث صحيح البخاري في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة ، وصحيح مسلم جـ ١١ ص ٢٠٦ – المطبعة المصرية . وأنيس الذي ذكر في الحديث الأخير هو أنيس بن الضحاك صحابي مشهور .

أن المحصن لا يرجم ، لأن الآية الثانية – التي هي ناسخة للأولى – لم تذكر إلا الجلد . أما الأحاديث فهي أخبار آحاد وليس فيها متواتر ، فلا يجوز تخصيص القرآن بها ، بناء على مبدئهم الذي قدمناه . وأما غيرهم من الفقهاء الذين أجمعوا على تغاير الحد بين المحصن وغيره ، فجعلوه في المحصن الرجم ، وفي غيره الجلد – وإن كان بعضهم قد زاد في غير المحصن النفي كما أن بعضا آخر زاد للمحصن الجلد مع الرجم – فإنهم اختلفوا في طريق تخصيص الآية بهذه الأحاديث . فمنهم من رأى أن بعض هذه الأحاديث مشهور ، فيخصص بها القرآن أو ينسخ ، ومن هؤلاء الحنفية . ومنهم من رأى – تمشياً مع مبدئه الذي قدمناه – أنها كلها أخبار آحاد صحيحة ، وحينئذ يخصص بها القرآن ما لم تعارض بما يضعفها ، وهي هنا كذلك .

ولكنا حينما نستعرض الأحاديث التي ذكرناها سابقاً نجد أن بعضها قد ذكرت التغريب مع الجلد في عقوبة غير المحصن . وذكرت الجلد مع الرجم في عقوبة المحصن . ومقتضى هذا أن الحد لغير المحصن كان الجلد مع النفي مدة عام ، وأنه كان للمحصن الجلد والرجم جميعاً ، مع أن آية النور – وهي التي ذكر فيها الحد ، وقد اتفقوا على أنها ناسخة لآية النساء – ليس فيها عقاب للزاني إلا الجلد . وعلى هذا يجب أن نبحث في شأن هذه الزيادة التي جاءت بها الأحاديث المذكورة ولم تجيء في الآية . وهي : الرجم للمحصن مع الجمع بينه وبين الجلد له ، والجلد لغير المحصن مع الجمع بينه وبين التغريب له .

أما الرجم للمحصن فقد جاءت به أحاديث كثيرة بلغت – على ما يقول بعضهم – حد الشهرة . وقد قرر جمهور العلماء – ومنهم الشافعية – أن أخبار الآحاد يعمل بها متى صحت وإن لم تشتهر . وتكون حينئذ مخصصاً لعام الكتاب . أما الحنفية فإن التخصيص عندهم لا يكون إلا بكلام مستقل متصل . أما إذا كان مستقلا منفصلا : أي متراخياً فإنه يكون ناسخاً . وعلى ذلك لا يصح إخراج بعض أفراد العام بكلام مستقل منفصل أو الزيادة عليه إلا بقرآن أو سنة متواترة أو مشهورة ، بناء على مذهبهم أن النسخ للكتاب لا يكون إلا بواحد مما ذكر .

٣٨ — وبناء على اختلاف الفقهاء فى المبدأ الذى ذكرناه نجد أن الفقهاء — من حيث الرجم للمحصن — قد اختلفوا : فرأى غير الحنفية أن آية النور التى ذكر فيها الجلد ولم يذكر غيره قد خصصت بهذه الأحاديث فصارت خاصة بغير المحصن ، أما المحصن فحده يؤخذ من الأحاديث : أى أنه ليس كل الزناة يجلدون كما هو مقتضى الآية ، بل يخرج منهم المحصنون عن طريق تخصيص عموم الآية بهذه الأحاديث . ويكون حد المحصن مأخوذاً من هذه الأحاديث ، وهو الرجم حتى الموت .

٣٩ — أما الحنفية فقد سلكوا طريقاً آخر فى إخراج المحصن ، وذلك أنهم قالوا : إن العموم باق على حاله فى الآية . ولكنه صار يقصد منه بعض ما تناوله : إما لأنه قد نسخ حكم بعض ما تناوله بقوله ﷺ : « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وما روى بمعناه من الأحاديث ، لأنها مشهورة ، وتتعارض مع الآية فى بعض أفراد العام . وهى كلام مستقل منفصل . فيصح النسخ بها . وإما لأنه من باب إطلاق العام على بعض أفراده تجوزا ، ويصير الحديث السابق قرينة على إرادة هذا المعنى ، لأنه لما نزلت آية الجلد للزانى فى سورة النور قال الرسول : « خذوا عنى . قد جعل الله لهن سبيلا : البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » . والنتيجة العملية بين الفريقين هنا واحدة ، إذ أنهم متفقون على رجم المحصن .

٤٠ — أما الخوارج وبعض المعتزلة ، وهم يجيزون تخصيص القرآن بأخبار الآحاد ، وعندهم أن المشهور ليس إلا خبر آحاد ، لأنه غير متواتر ، فإنهم لا يقولون برجم المحصن كما قدمنا .

٤١ — وأما من حيث الجمع بين التغريب والجلد لغير المحصن ، والجمع بين الجلد والرجم للمحصن ، وهى الزيادة التى جاءت فى بعض الأحاديث ، فلم يكن الفقهاء فيه على رأى واحد : فمنهم من رأى الجمع بين الجلد والتغريب لغير المحصن والجمع بين الجلد والرجم للمحصن ، ومن هؤلاء الإمام أحمد . وهو مذهب على رضى الله عنه ، وأبى بن كعب ، وداود الظاهرى وغيرهم ، وقد أخذوا فى ذلك بمجموع الكتاب والسنة فأعملوها جميعاً إذ لا تعارض

بين القرآن والسنة فى هذا ، لأن ما جاء فى السنة زيادة لم يجىء القرآن بما يناقضها ، ولذا روى عن الإمام على أنه لما رفع إليه أمر شراحه الهمدانية — وكانت قد زنت وهى ثيب — جلدها يوم خميس ، ورجمها يوم الجمعة . ولما سئل عن ذلك قال : « جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله » . وهذا يدل على أنه يرى بقاء العموم فى آية النور ، والعمل بالزيادة التى جاءت فى الأحاديث لأنه يرى عدم التعارض بينهما .

ومنهم من رأى الجمع بين الجلد والتغريب لغير المحصن ذكراً كان أو أنثى ولم ير الجمع بين الجلد والرجم للمحصن . وهو مروى عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وبه أخذ الإمام الشافعى وأبو ثور . ووجه هؤلاء أن الأحاديث التى دلت على رجم المحصن دون جلده صحيحة ، وكثرتها — عندهم — تجعلها أرجح ، وهى الأحاديث التى رويت عن غير عبادة بن الصامت — وقد جاء فيها رجم ماعز والغامدية والجهنية وصاحبة العسيف — ولم يذكر فيها مع الرجم جلد ، فضلا عن أن حديث عبادة — الذى ذكر فيه الجلد مع الرجم — كان أول الأحاديث التى ذكر فيها حد للمحصن ، والأحاديث الأخرى كانت آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ، فاعتبرت ناسخة للجلد مع الرجم الذى جاء فى حديث عبادة(١) . وفضلا عن ذلك فإن القياس يؤيده ؛ لأن الغرض من الرجم القتل . فالجلد معه عبث ، ولأن الحدود المختلفة إذا اجتمعت ومنها قتل يسقط ما عداه . ومن هنا ضعفوا ما روى عن على ، أو أولوه بأنه لما جلدها كان لا يعلم بأنها محصنة . فلما علم رجمها فى اليوم التالى . ولكن هذا التأويل يضعفه قول على : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسول الله مع ملاحظة أن الإمام لا يقدم على إقامة الحد إلا بعد أن يستوثق من حال من سيقيم عليه الحد ، ولذلك كان الرسول يسأل من يقر بالزنى : هل أحصنت ؟ كما فعل مع الرجل الذى أقر بالزنى فى المسجد .

وأما التغريب لغير الثيب مع جلده فلأن حديث صاحبة العسيف — وقد قيل إنه متأخر عن حديث عبادة — جاء فيه التغريب لهذا العسيف مع الجلد .

---

(١) أنظر المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ١٢٥ .

٤٢ — وقد يقال هنا إن التغريب كان تعزيراً يتخذه الإمام للمصلحة، فإذا تغيرت المصلحة وكانت فى عدم التغريب رجع عنه ، لأنه ليس من جملة الحد ولو كان من جملة الحد لذكر فى آية النور التى قلنا إنها أصبحت دالة على حد غير المحصن بعد التوفيق بينها وبين الأحاديث التى دلت على ضرورة رجم المحصن .

ومنهم من رأى التغريب للرجل وعدم التغريب للأنثى ، ووجهه ظاهر بعد الذى قدمنا : من أنه يصلح أن يكون للتعزير، لأنه يرى أن تعزير الأنثى بالتغريب فيه إغراء لها على الفاحشة، لعدم وجودها بين من تخاف بطشهم : من أهلها وعشيرتها . وبهذا قال مالك والأوزاعى .

وهناك طائفة أخرى رأت أن الحد فى البكر هو الجلد فقط ، وفى المحصن هو الرجم فقط ، وقد أخذ بهذا الرأى الحنفية، وهو رأى ابن مسعود والنخعى ، والزهرى .

وقد نظر أصحاب هذا الرأى إلى أن الحد المذكور فى القرآن الخاص بالبكر هو الجلد فقط وأن الأحاديث التى دلت على التغريب مع الجلد إما منسوخة ، وإما ضعيفة فلا تقوى على الزيادة على الكتاب . وكون بعض الأحاديث الدالة على التغريب مشهورة فتصح الزيادة بها على الكتاب غير ملزم لهم لأن محل ذلك إذا كان فيها زيادة تثبت ما سكت عنه القرآن . أما إذا كانت الزيادة معارضة للقرآن فهى ممنوعة . وهذه الأحاديث المشهورة اقتضت النوع الثانى لأن آية « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » تتضمن شرطاً وجزاء . أما الشرط فمفهوم من (ال) فى الزانية والزانى . وأما الجزاء ، فمفهوم من قوله فاجلدوا ، ومثل هذا يدل على أن الحد كله هو الجلد المذكور فقط ، ضرورة أن جزاء الشرط لا يكون متحققاً إلا إذا وقع كله(١) ، وحينئذ تكون الأحاديث الدالة على أن الحد هو مجموع التغريب والجلد معارضة لنص القرآن لا آتية بأزيد منه . ومثل ذلك ممنوع .

٤٣ — ولكن الأستاذ الشيخ الزفزاف يرى(٢) اعتراضا على ما قالوا، وهو

(١) أنظر فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٤ .
(٢) أنظر محاضراته فى الفقه المقارن لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة عام ١٩٦٥ .

أنهم يقولون : إن الأحاديث المشهورة تنسخ القرآن . ونحن نعرف أنه لا نسخ إلا عند التعارض . فكيف يقولون : إن التعارض هنا ممنوع ، فلا تقبل هذه الأحاديث بعد ادعاء شهرتها .

٤٤ — وأما الاقتصار على الرجم فى المحصن فقد بينا أن الأحاديث الدالة على الجلد مع الرجم كانت متقدمة على الأحاديث التى دلت على الاكتفاء بالرجم ، وإذن تكون منسوخة . وبعضهم يدعى أن الاكتفاء بالرجم ثبت بالإجماع . وهو منقوض بأن الصحابة والتابعين ومن بعدهم قد اختلفوا فى هذا . فأين هذا الإجماع ؟ ويظهر أن الإجماع كثيراً ما كان تكأة من لا تكأة له .

ويكفينا هذا فى التمثيل لأخبار الآحاد الصحيحة ، وقد تبينا أن اختلاف الأئمة فى الأحكام التى تؤخذ منها راجع إلى اختلاف نظرهم إليها من حيث الزيادة بها مطلقاً . أو الزيادة بها إن اشتهرت ، أو النسخ بها . والآن نتكلم على نوع من الضعيف كثر اختلافهم فيه فاختلفوا فى الأحكام التى تؤخذ منه ، وهو الحديث المرسل .

الحديث المرسل

٤٥ — قد ذكرنا فيما تقدم أن الحديث المرسل من أنواع الحديث الضعيف . وقد اختلف المحدثون والفقهاء فى المراد بالحديث المرسل فقال المحدثون : هو الحديث الذى لم يذكر فيه اسم الصحابى الذى سمعه من الرسول ﷺ . فالسلسلة فيه تامة ما عدا اسم الصحابى أما الفقهاء فقد قالوا: إنه ما ترك فيه ذكر راو أو أكثر من أى موضع كان . وعلى ذلك لو قال التابعى : قال رسول الله ﷺ كذا — يكون مرسلا عند المحدثين والفقهاء جميعاً . وإذا قال من بعد التابعين من أى عصر : قال رسول الله ﷺ كذا — كان مرسلا عند الفقهاء ، ومنقطعاً عند المحدثين إن كان المتروك واسطة واحدة ومعضلا إن كان المتروك أكثر من واحد .

والمرسل على اصطلاح الفقهاء منه ما هو مرسل من الصحابى ومنه ما هو مرسل من غيره . فمرسل الصحابى كأن يقول الصحابى : قيل لى : إن رسول الله فعل كذا ، أو قال كذا ، أو يخبر عن شىء فعله الرسول أو أقره .

وكان مما يعلم أنه لم يحضره لصغر سنه ، أو لتأخر إسلامه ، أوغير ذلك ، كسفر فى ذلك الحين مثلا ، بل إن بعض العلماء يقول : لو قال الصحابى : قال رسول الله كذا ، دون أن يقول : سمعته قال كذا — يكون من مرسل الصحابى ، وهذا خلاف الظاهر ، لأن الظاهر يقضى بأنه لو قال ذلك يكون قد سمعه من الرسول بنفسه .

وقد اختلف الفقهاء فى الأخذ بالمرسل ، فقال الظاهرية ، لا يؤخذ به مطلقاً ، أما غيرهم فعلى التفصيل الآتى :

أما مرسل الصحابى فقد اتفقت كلمة الفقهاء — غير الظاهرية — على الأخذ به ، نظراً إلى أن الظاهر أنه مروى عن صحابى آخر ، والصحابة بحسب الظاهر كلهم عدول ما لم يظهر مطعن ، فلا محل للطعن فيه ؛ ولكن وردت رواية عن الشافعى تدل على الاحتياط فى هذا أيضاً ، فإنه قد حكى عنه أنه قال : « إذا قال الصحابى : قال رسول الله ﷺ كذا وكذا قبلت ، إلا أن أعلم أنه أرسله[1] » فهذه العبارة تدل على أن الشافعى لا يأخذ بمرسل الصحابى إذا تبين له أنه أرسله ، ولكن المعروف عن مذهبه هو الأول .

وأما مراسيل الصحابة فنها ما هو مرسل من التابعين أو تابعيهم ، ومنها ما هو مرسل ممن بعد هذين القرنين . وقد اختلف الفقهاء فى الأخذ بهذا النوع من المرسل . فقال الشافعى ، لا يقبل إلا إذا اقترن به ما يقويه ، وذلك بأن يتأيد بآية ، أو حديث مشهور ، أو يوافق قياساً ، أو قول صحابى أو تلقته الأمة بالقبول ، أو عرف من حال من أرسله أنه لا يروى إلا عمن سلم من العلل ، إلى غير ذلك من المقويات الأخرى ، كثبوت اتصاله من طريق آخر . ولهذا قال الشافعى : « أقبل مراسيل ابن المسيب لأنى اتبعتها فوجدتها مسانيد » وقال الحنفية ومالك ، وأحمد فى رواية عنه : تقبل مراسيل التابعين وتابعيهم ، اعتماداً على أن الرسول ﷺ قد شهد لهم بالعدالة ، فقد روى أنه قال : « خير القرون قرنى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، والآخرون أراذل[2] » وقد استدلوا لهذا بعدة أدلة أخرى

(١) انظر ص ٢٥ ج ٣ من شرح عبد العزيز البخارى لأصول البزدوى .

(١) أنظر الجامع الصغير حرف الخاء السيوطى .

مدونة فى كتب الأصول . أما من بعد تابعى التابعين فلا يقبل مرسلهم إلا إذا ثبت قوته بمرجح .

٤٦ — ومن هنا حصل اختلاف بين العلماء فى الأحكام التى يدل عليها الحديث المرسل ، ومن أمثال ذلك اختلافهم فيما يكون على المتطوع إذا أفسد صومه ، فنهم من قال : يلزمه القضاء ، ومن هؤلاء الحنفية والمالكية . ومنهم من قال : لا يجب عليه القضاء . ومنهم الشافعية والحنابلة . وذلك لما روى عن عائشة رضى الله عنها من طريق الزهرى قال « بلغنى أن عائشة وحفصة أصبحتا صائمتين متطوعتين فأهدى لهما طعام فأفطرتا عليه ، فدخل عليهما النبى ﷺ . قالت عائشة : فقالت حفصة : يا رسول الله إنى أصبحت أنا وعائشة صائمتين متطوعتين وقد أهدى لنا هدية فأفطرنا عليها ؛ فقال رسول الله ﷺ : « إقضيا مكانه يوماً آخر » وقد قال البيهقى : « هذا الحديث رواه الحفاظ من أصحاب الزهرى عنه هكذا ، منقطعاً بينه وبين عائشة وحفصة » ثم ذكر رواته عن الزهرى ، وهم مالك وأبو جريج ويحيى ابن سعيد وسفيان بن عيينة ، وغيرهم . ثم رواه البيهقى من طريق آخر عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن عائشة أنها قالت : « كنت أنا وحفصة صائمتين ، فعرض لنا طعام فاشتهيناه فأكلنا ، فدخل علينا رسول الله ﷺ فبدرته حفصة — وكانت بنت أبيها حقاً — فقصت عليه القصة فقال رسول الله ﷺ أقضيا يوماً مكانه[1] .

فالحديث فى الرواية الأولى ظاهر الإرسال ، لأن الزهرى — وهو تابعى — يقول فيه : بلغنى أن عائشة وحفصة . . . . الخ » ومعنى هذا أنه لم يسمعه من عائشة ولا من حفصة ، ولم يذكر اسم الصحابى أو التابعى الذى رواه عن عائشة . أما الرواية الثانية فظاهرة الاتصال ، ولكن قد أعلها العلماء بأن الزهرى سأله بعض التابعين : هل سمع ذلك من عروة ؟ فقال : لم أسمع من عروة فى هذا شيئاً ، ولكن ، حدثنى ناس فى خلافة سليمان ابن عبد الملك عن بعض من كان يدخل على عائشة أنها قالت : أصبحت أنا وحفصة صائمتين . . . . الخ الحديث » وحينئذ لا يكون الزهرى قد

(١) أنظر نصب الراية ج ٢ ص ٤٦٦ — ٤٦٧ .

رواه عن عروة ، بل رواه عن بعض الناس ولم يُسمّه ، كما أنه لم يسمعه من عائشة . فيكون مرسلا فى هذه الرواية أيضاً .

وعلى هذا فقد اختلف الفقهاء فى الحكم تبعا لاختلافهم فى الأخذ بالمرسل فقال الحنفية : يجب القضاء على من أفسد صوم التطوع ، وذلك لأخذهم بهذا الحديث . وقال الشافعية بعدم وجوب القضاء ، لأن هذا الحديث لم يتأيد عندهم بما يقويه من المقويات التى ذكرناها سابقا[١] .

العمل بالحديث الضعيف غير المرسل :

٤٧ — مقتضى القواعد أن الحديث الضعيف لا يعمل به ، ولكن هذا ليس على إطلاقه ، فإن الحديث الضعيف قد يتقوى ، وذلك بأن تتعدد طرقه . بشرط ألا يكون الضعف ناشئاً من أن أحد رواته كذاب أو فاسق . وألا تكون الطرق المتعددة مثله فى ذلك ، لأنه حينئذ لا ينجبر بتعدد هذه الطرق ، لدخول الطعن عليها كلها من ناحية كذب راويها أو فسقه . وكذلك إذا كثرت الشواهد التى ترفعه إلى درجة القبول ، بأن يروى معناه من طرق أخرى ، أو أن يوافق القياس . وحينئذ يجئ الاختلاف بين العلماء من ناحية صحة هذه المقويات عندهم أو عدم صحتها .

ومن أمثلة ذلك ما رواه معقل بن سنان فى بروع بنت واشق « أن زوجها هلال بن مرة مات عنها قبل أن يدخل بها ، ولم يكن سمى لها مهراً ، فقضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمهر مثل نسائها ، وأن لها الميراث ، وعليها العدة » . ومما يستأنس به لضعفه أن عليا رضى الله عنه رد هذا الحديث وقال : « ما نصنع بقول أعرابى بوّال على عقبيه » .

٤٨ — وقد أخذ الحنفية بهذا الحديث على ضعفه ، لأنه وافق القياس عندهم ، إذ أنهم يعتبرون الموت مثل الدخول بالزوجة فى توكيد المهر وثبوته ، قياساً على تساويهما من حيث وجوب العدة بكل منهما . وإلى هذا الرأى كان

(١) ينبغى التنبيه إلى أن الذين رأوا الأخذ بالمرسل لم يقولوا : يجب الأخذ به دائماً ، بل كثيراً ما يتركون العمل به ، أو يتركه بعضهم ، وذلك إذا وجدوا فى بعض رجال السند علة تقدح فيه ، فى حين أن يقبله آخرون لأنهم يرون أن العلة المذكورة لم تصح ، أو أنها علة غير قادحة فيه .

يذهب ابن مسعود والثورى وإسحاق بن راهويه ، وبه أخذ أحمد أيضاً . ولكن الشافعية لم يعملوا به لضعفه وعدم وجود ما يقويه ، ولأنه يعارض قياساً آخر عندهم . وهو أن المعقود عليه إذا عاد سالماً إلى صاحبه لا يستوجب عوضاً ، وأن المهر لا يجب إلا بناء عن تراض على قدر معين ، أو بفرض القاضى ، أو استيفاء المعقود عليه ، وكل هذا لم يحصل هنا .

٤٩ — ونحن إذا نظرنا نجد أن هذا الحديث قد رواه الترمذى والنسائى وأبو داود وابن ماجه ، ورواه البيهقى فى سننه . وقد روى من عدة طرق وعلى هذا يكون تعدد الطرق مقويا له كما قدمنا . ولكن يظهر أن أئمة الحنفية لم يكونوا يعلمون أن له هذه الطرق فقووه بموافقته للقياس . ووجه ضعفه عند الشافعى اختلاف الرواة فى معقل بن سنان ، فمرة قال الراوى : معقل بن سنان ، ومرة قال راو آخر : معقل بن يسار . ومرة قال راو ثالث : عن بعض أشجع . ولكنا إذا نظرنا نجد أن مثل هذا الاختلاف لا يطعن فى الحديث ويجعله ضعيفاً لا يؤخذ به لأن جميع هذه الروايات إسنادها صحيح ، وفى بعضها ما دل على أن جماعة من أشجع شهدوا بذلك[١] . وحسبنا أن يشهد جماعة بذلك . أما اختلاف الرواة فلا يضر ، لأن بعضهم قد يسمى راويا ، وبعضهم يسمى آخر ، وبعضهم لا يسمى . ومثل هذا لا يرد به الحديث .

المطلب الثانى

اختلاف الفقهاء فى فهم المراد من النصوص

نريد من النصوص الكتاب والسنة . والسنة منها ما هو فعلى ، ومنها ما هو قولى . وقد كان لا بد أن يختلف الفقهاء أحياناً فى المراد من النص القرآنى ، ومن السنة جميعاً ، لأن الناس تختلف أنظارهم وثقافاتهم وعلمهم باللغة ، ويتباينون فى البيئات التى تكوّن فيهم العرف والعادة . وهذا يؤدى إلى اختلافهم فى فهم المراد من النص ، ومتى اختلفوا فى فهم المراد منه اختلفوا فى الأحكام التى تستنبط من هذا النص :

(١) أنظر كتاب نصب الراية ج ٣ ص ٢٠١ — ٢٠٢

ونظراً إلى أن القرآن قولى فقط ، وأن السنة فعلية وقولية ، ودلالة الأفعال ليست كدلالة الأقوال فى الوضوح ـ كان الخلاف فى السنة الفعلية أكثر وأشد من الاختلاف فى النصوص القولية ، كتاباً أو سنة ، وسنتكلم على اختلافهم فى كل من الفعلى والقولى فيما يلى :

اختلافهم فى المراد من النصوص الفعلية

٥٠ ـ إذا استعرضنا أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم نجدها ترجع إلى أمرين ، أفعال جاءت بعد نص قولى من كتاب أو سنة قولية ، أو جاءت غير مسبوقة بذلك .

أما التى سبقت بنص قولى فهى مبينة لهذا النص ، فيكون حكمها كحكم هذا النص ، فإن كان النص دالا على الوجوب كانت هى كذلك . ومثال ذلك أن الله قد أمر رسوله بقطع يد السارق فى قوله « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وقد نفذ الرسول هذا الأمر فى السارق فقطع يده من عند الكوع . وكذلك أمر الله بإقامة الصلاة : فقال : « أقيموا الصلاة » ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » ، وكان قد صلى أمام أصحابه ثم صلى بعد ذلك المرة بعد المرة أمامهم . وما دام القطع واجباً بنص القرآن ، والصلاة واجبة كذلك ، وقد فعل الرسول كلا الأمرين كان فعله هذا واجباً ، لأن المبيِّن يأخذ حكم القول المبيَّن .

٥١ ـ وكان مقتضى ما تقدم ألا ينشأ خلاف بين الفقهاء فى ذلك . ولكن الأفعال التى يأتيها الرسول لبيان نص متعددة النواحى ، فمنها ما قد يكون إتيانه بحكم العادة ، ومنها ما يكون الرسول قد أتاه تطوعا للتقرب من الله ، ومنها ما يكون قد دعت الضرورة إليه حتى يتم الواجب على الوجه الذى لا مرية فيه . ومن هنا كانت هذه الأفعال مثاراً للخلاف بين الفقهاء ، فمنهم من يعتبرها أفعالا عادية ، ومنهم من يجعلها من القربات ، ومنهم من يجعلها واجباً ، ومنهم من يجعلها سنة يتم الفرض ـــ الذى هى بعض أعماله ـــ بدونها . وذلك لورود آثار فهم منها كل منهم ما يتفق مع رأيه ، أو لوجود قرائن عنده تدل على ذلك ، وأوضح الأفعال فى اقتضاء هذا الاختلاف أفعال الحج وغيره من العبادات . وإليك أمثلة توضح ما ذكرنا .

طاف الرسول صلى الله عليه وسلم طواف القدوم[١] حين دخل مكة ففهم مالك وأبو ثور وبعض الشافعية أن هذا فرض ، وقد اعتمدوا فى ذلك على قوله تعالى « وليطوفوا بالبيت العتيق » وبقوله صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى مناسككم » وما دامت الآية قد أمرت بالطواف ، والرسول قد قال : خذوا عنى مناسككم ، وكلاهما يدل بمقتضى الأمر على الوجوب ، والرسول قد طاف طواف القدوم . فإن هذا الطواف يكون واجباً ، لأنه بيان لنص . ولكن الحنفية وبعض الشافعية رأوا أن هذا سنة ، وقد اعتمدوا فى ذلك على أن الآية نزلت فى طواف الزيارة[٢] لا طواف القدوم . والحديث لو دل على الوجوب ـ بمقتضى الأمر الذى فيه ـ لاقتضى أن يكون كل عمل من أعمال الحج واجباً ، ضرورة أن المناسك تشمل كل أعمال الحج . والفقهاء متفقون على أن منها ما ليس بواجب ، وعلى هذا سقط الاستدلال على الفرضية بالآية والحديث معاً .

٥١ ـ وهذا ما يتعلق بالأفعال التى جاءت بصدد تنفيذ نص . أما الأفعال التى جاءت غير مسبوقة بنص فمجال الخلاف فيها كان أوسع . فبعضهم جعلها واجبة ، وبعضهم جعلها سنة ، وبعضهم جعلها مباحة ، وذلك مثل طريقته فى الأكل والشرب واللباس والنوم وغير ذلك من الأمور العادية .

ويظهر أن منشأ الخلاف هنا هو تشدد بعضهم فى التأسى به ﷺ ، واتجاه بعض آخر إلى أن هذا نوع من القربات التى لا دليل على وجوبها ، واتجاه بعض ثالث إلى أن هذا من الأمور العادية التى لا شأن لها بالتشريع .

هذا ما كان من أمر هذا الاختلاف مع أن الواجب فى المسائل التشريعية أن ينظر الفقهاء إلى أفعاله ﷺ من حيث ما يحوطها من قرائن تدل على

---

(١) طواف القدوم هو : الطواف بالبيت سبعة أشواط لمن قدم مكة ، ويسمى أيضاً طواف التحية .

(٢) طواف الزيارة هو : الطواف بالبيت فى أول أيام النحر أو الثانى أو الثالث بعد رمى الجمار . وهو سبعة أشواط كذلك ، ويسمى أيضاً طواف الإفاضة .

أنها من الأمور التشريعية . فقد كان الرسول لا يأكل بعض الأشياء لأنه يعافه فقط ، فهل تقول : إن أكله حرام ؟ هذا ما لا يصح أن يكون .

اختلافهم فى المراد من النصوص القولية

٥٢ — قد بينا فيما تقدم اختلافهم فى فهم المراد من فعله ﷺ ، وأثر ذلك فى اختلافهم فى الأحكام . والآن نوضح اختلافهم فى المراد من النص القولى : سواء أكان كتاباً أم سنة ، وأثر ذلك فى اختلافهم فى الأحكام .

لو كانت اللغة العربية لغة قبيلة واحدة لكانت مفرداتها نصاً فى المراد إذا كانت تعبيراتها كلها حقيقية لا مجاز فيها ، وكان طريق فهمها واحداً ، بحيث تدل بوضعها دلالة قطعية على أن العام يقصد منه جميع أفراده إذا لم يوجد ما يخصصه ببعض الأفراد ، وكذلك يدل قطعاً على الباقى بعد خروج ما دل عليه المخصص . لو كان كل ذلك متحققاً لكان النص صريحاً فى المراد ، ولا كان هناك اختلاف فى فهم المراد منه . ولكن كل ذلك لم يكن ، لأن العربية لما دونت جمعت من قبائل متعددة ، ولكل قبيلة مدلولات خاصة للألفاظ المتحدة ، كما فى لفظ القرء ، فإنه عند قبيلة بمعنى الطهر ، وعند أخرى بمعنى الحيض . وبها الحقيقة والمجاز ، وطريق فهم المراد من مفرداتها وتعبيراتها تختلف فيه أنظار المتفهمين . ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء فى المراد من النصوص التى ليست قطعية الدلالة . وبناء على ذلك اختلفوا فى الأحكام التى استنبطوها من هذه النصوص . ولكل منهم وجه فى ترجيح ما يراه مراداً . وسنورد فيما يأتى أهم ما اختلفوا فى المراد منه فاختلفوا فى الأحكام تبعاً لذلك ، مع ذكر أمثلة له . وهى : المشترك ، والعام ، والمقتضى ، والطلب ، والنهى . . وغيرها مما سنبينه .

المراد من المشترك(١)

٥٣ — المشترك لفظ مفرد جاء فى اللغة دالاً على أكثر من معنى ، ولكنه وضع لكل معنى بوضع خاص . وذلك كلفظ القرء ، فإنه وضع دالا على الطهر ، بوضع خاص . كما أنه قد جاء فى اللغة بوضع آخر دالاً على الحيض . وقد ورد هذا اللفظ فى القرآن والسنة . فاختلفوا فى المراد منه

(١) أنظر هامش (١) ص ٨٥ .

كما فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فذهبت عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والزهرى وغيرهم ، وكذلك مالك والشافعى وأبو ثور وداود الظاهرى إلى أن المراد منه الطهر . وقد استدلوا بقوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » أى فى عدتهن ، فاللام للتوقيت : أى وقت عدتهن . ووجه استدلالهم بهذا أنه لا خلاف فى أن الرسول أمر بأن يكون الطلاق فى الطهر حينما قال لعمر — لما طلق ابنه عبد الله امرأته فى الحيض — « مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس . فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء(١) . فهذا الحديث يدل على أن الطهر هو الذى يسمى عدة ، لأنه لا خلاف فى أن الحيضة التى حصل فيها الطلاق لا تحسب من العدة ، ولكن إذا طلق فى طهر لم يمس فيه فإن ما بقى من الطهر يحتسب ولو كان لحظة ، كما هو رأى جمهور القائلين ، إن القرء هو الطهر .

ثم إن على رأيهم هذا يكون الطهر الثانى هو الذى جاء بعد الحيضة التى تلت الطهر المطلق فيه ، وهذه الحيضة هى الأولى . ثم يكون الطهر الثالث بعد الحيضة الثانية ويستمر الطهر الثالث من العدة فإذا رأت الدم فى الحيضة الثالثة انتهت عدتها وحلت للأزواج . ويستدلون أيضاً — زيادة على ما سبق — بأن لفظ ثلاثة عدد مؤنث ، وهذا إنما يكون إذا كان المعدود مذكراً ، والمذكر هو القرء إذا كان بمعنى الطهر ، لأنه إذا كان بمعنى الحيض كان مؤنثاً ، لأن الحيضة مؤنثة .

وذهب الخلفاء الراشدون إلى أن المراد بالقرء الحيض ، وكذلك عبد الله ابن عمرو وعبد الله بن مسعود وكثير من الصحابة والتابعين ، وإليه ذهب الحنفية وأحمد فى رواية .

وقد استدلوا على ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حبيش — وكانت قد سألته عن الصلاة لأنها كانت لا تطهر من الحيض —

(١) رواه البخارى ومسلم ومالك وأبو داود والترمذى والنسائى . انظر جامع الأصول للجزرى ج ٨ ص ٣٧٥ — ٣٨٠ طبعة مطبعة أنصار السنة المحمدية .

« فانظرى ، فإذا أتاك قروؤك فلا تصلى ، وإذا مر قروؤك فتطهرى ثم صلى ما بين القرء إلى القرء[1]» فقد استعمل القرء فى الحيض . واستعماله ﷺ فيه يدل على أن الشارع قد خصصه فى عرف الشرع بالحيض دون الطهر ، ومن المعروف أن الألفاظ الشرعية تدل على ما خصصها به الشارع . وكذلك استدلوا بقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » ، فالذى يكون ميئوساً منه ويستعاض عنه بالأشهر هو الحيض . فضلا عن أن العدة إنما شرعت فى الأصل لتعرف براءة الرحم من الحمل ، وذلك إنما يكون بالحيض .

وهكذا نرى أنهم اختلفوا فى الحكم بسبب اختلافهم فى المراد بالمشترك هنا وهو القرء .

٥٤ — ومن ذلك أيضاً لفظ اليد ، فإنه مشترك بين عدة معان : الكف إلى الرسغين ، واليد من أطراف الأصابع إلى المرفق ، واليد من أطراف الأصابع إلى الكتف . ونظراً إلى اشتراكها فى هذا فقد اختلفوا فى المراد بها فى آية السرقة « فاقطعوا أيديهما » وهى تطلق على الكفين اتفاقاً . وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وغيرهم إلى أن المراد من اليد هو من أطراف الأصابع إلى المرفقين .

وذهب الزهرى إلى أن المراد بها ما كان إلى الإبطين ، وكل فريق رجّح المراد بما صحّ عنده من الآثار .

مدلول العام[2]

٥٥ — معروف أن العام لفظ وضع للدلالة على أفراد غير محصورين على سبيل الشمول والاستغراق . والمراد بكون أفراده غير محصورين ، ألا تكون فى اللفظ دلالة على أفراد معينين محصورين ، وإن كانت أفراده فى بعض الأحيان محصورة بحسب الواقع مصادفة ، كلفظ السموات ، فإنه عام ،

(١) رواه أبو داود والنسائى . أنظر جامع الأصول للجزرى .

(٢) انظر هامش (٢) ص ٨٥ .

مع أن السموات محصورة . ومثال العام : الرجال والنساء والرهط والقوم ومَنْ وما . . . . . إلى غير ذلك مما يدل على ما ذكرنا .

وقد اختلف الفقهاء فى حجية العام من حيث كونها قطعية أو ظنية . فقال الجمهور : إن دلالته على جميع أفراده ظنية ، وكذلك دلالته على ما بقى منها بعد خروج بعض أفراده بدليل اقتضى ذلك . وذلك لأن أكثر ألفاظ العام قد وجد بالاستقراء أنه يراد منه بعض أفراده فيما ورد من النصوص : شرعية أو غيرها حتى لقد شاع بين العلماء : « ما من عام إلا وخصّص » . وذهب أكثر الأحناف إلى أن العام قطعى الدلالة على جميع أفراده ما لم يدخله التخصيص . والتخصيص عندهم لا يكون إلا بأن يقصر العام على بعض أفراده بكلام مستقل متصل : أى غير متراخ . فإذا قصر بغير ذلك : كأن يكون القصر بكلام مستقل منفصل ، أو بكلام غير مستقل كالاستثناء وبدل البعض من الكل ، أو بالعقل ، فإن ذلك كله لا يكون تخصيصاً ، لأن القصر بكلام مستقل منفصل يعتبر نسخاً ، والقصر بكلام غير مستقل أو بالعقل — يعتبر معه القاصر والمقصور كلاماً واحداً . وليس لشىء من هذه الثلاثة أثر فى كون العام قطعى الدلالة على جميع أفراده ، بل يبقى قطعياً فى كل ما اشتمل عليه بعد خروج ما خرج بواحد من هذه الثلاثة .

وكان طبيعياً أن يختلفوا — بناء على اختلافهم السابق — فى حالتين :

الأولى : ما إذا جاء لفظ عام فى نص قطعى الثبوت دالا على حكم ، وجاء لفظ خاص ظنى الثبوت يخرج بعض أفراد هذا العام من هذا الحكم . فقد قال الجمهور : إن هذا الخاص يخصّص العام ، وإن لم يظهر لنا أنه قد تخصص قبل ذلك . وهم فى هذا يسيرون على مبدئهم : من أن دلالة العام ظنية فيقوى الخاص الظنى على تخصيصه . وأما مخالفوهم — ومنهم أكثر الحنفية — فقد قالوا : إن العام قطعى الدلالة ، وما دام كذلك فإن الظنى لا يقوى على تخصيصه . فمحور الخلاف هو : هل العام قطعى الدلالة على جميع أفراده أو ظنيها على نحو ما عرفنا سابقاً ؟ .

الثانية : ما إذا ورد نصان متساويان : بأن كانا قطعيين أو ظنيين وكان أحدهما عاماً والآخر خاصاً — هل يخصص العام بالخاص ؟ وحينئذ لا يعمل

بالعام إلا فيا بقى فيه ، ويعمل بالخاص فيا دل عليه ؟ أو يحكم بالتعارض بينهما ويسار فيهما على قاعدة التعارض ؟

أما الجمهور فقد قالوا : يتخصص العام بالخاص . وعلى هذا يعملون بالخاص فيا دل عليه ، ويعملون بالعام فيا بقى فيه من الأفراد . وأما أكثر الحنفية فيقولون : إن بين النصين تعارضاً فى الظاهر لتساويهما . وإنما كان التعارض ظاهرياً لأن التعارض حقيقة لا يمكن أن يكون بين النصوص الشرعية ، سواء أكانت قطعية أم ظنية ، لأن الشريعة الواحدة الصادرة عن المعصوم لا يمكن أن تتناقض . وإنما يكون التعارض راجعاً إلى فهمنا ومداركنا ، وعدم العلم بالناسخ منهما لجهلنا بتاريخ تشريعهما الذى لو علمناه لعرفنا أن المتأخر ناسخ فيزول التعارض . ولا يخفى عليك أن التعارض الذى قالوا به لا يكون إلا فى الأفراد التى دل عليها الخاص ، وعلى رأيهم هذا إذا كان الخاص قد جاء متصلا بالعام — وكان كلاماً مستقلا كما عرفنا — فإنه يكون مخصصاً للعام ومبينا له . وإن جاء منفصلا عنه : بأن كان متأخر الزمن فى التشريع فإنه يكون ناسخا لحكم العام فى الأفراد التى قد دل عليها الخاص . فإن لم يعلم تأخره رجح حكم أحد النصين إن وجد مرجح عند المجتهد ، ككون أحد النصين يقتضى الحظر والآخر يقتضى الإباحة ، فإنه يؤخذ بالحظر ، لأنه أحوط فى السلامة من المؤاخذة . وإذا لم يهتد المجتهد إلى مرجح يلجأ إلى الجمع بينهما إن أمكن ذلك . وذلك بأن يعمل بالخاص فى موضع وروده ، ويعمل بالعام فيا وراء ذلك من الأفراد ، كما هو معروف فى الأصول . وإن لم يمكن الجمع أهمل الاستدلال بكل من النصين ولجأ إلى الاستدلال بما يليهما فى الرتبة . فإن كانا قرآنا لجأ إلى السنة ، وإن كانا سنة لجأ إلى الإجماع ثم القياس . وهكذا .

وغير الحنفية يلجأ عند تعارض المتساويين فى القطعية ثبوتاً ودلالة إلى الجمع دون الترجيح إذا لم يعرف المتأخر ، فإن لم يمكن أهمل الاستدلال بهما وانتقل إلى ما يليهما فى الرتبة . . ولكل دليله على ما ذهب إليه — كما هو مبين فى علم الأصول .

وأما الخوارج فإنهم لا يعملون بالدليل الظنى فى مقابلة القطعى كيفما كان ،

لأن الظنى لا يقوى على معارضة القطعى ، فلا يأخذون بالحديث إذا عارض النص القرآنى ، بل يعتبرونه كأن لم يكن ، حتى ولو كان مشهوراً .

وقد انبنى على خلاف العلماء فى الحالة الأولى : اختلافهم فى بعض الأحكام . ومن ذلك أنهم اختلفوا فيا يأتى :

إن الله يقول « وأحل لكم ما وراء ذلكم » بعد أن ذكر المحرمات . وهذه الآية فيها لفظ يدل على حل جميع الأفراد التى لم يذكر تحريمها وهو « ما » وبناء عليه يحل للإنسان أن يتزوج المرأة على عمتها أو خالتها ، ولكن ورد عن الرسول أنه قال : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، فإنكم إن فعلتم قطعتم أرحامكم » . وهذا يدل على تحريم بعض الأفراد التى أحلت بالعموم المذكور فى الآية ، وهو بنت أخ الزوجة وبنت أختها فى حالة بقاء زوجيتها .

فالجمهور سار على أن الحديث خصص العام فى الآية ، بناء على مبدئهم من أن العام ظنى الدلالة ، فيخصص بالظنى وهو الحديث .

أما الحنفية فلا مخلص لهم من هذا إلا بأحد أمرين : أن يكون الحديث مشهوراً فيخصص العام ، لأن المشهور عندهم فى حكم القطعى . ومن هنا يقوى على تخصيص القطعى ونسخه . أو أن هذا العام قد دخله التخصيص قبل ذلك بدليل قطعى ، وهذا يورث العام ظنية الدلالة على العموم . وقد انقسم الحنفية أمام هذين الأمرين : فرأى بعضهم شهرة الحديث[1] ، فخصص العام به . وقال بعض آخر : إن العام خصص بدليل قطعى مستقل غير هذا الحديث . وهو قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » فحرم بالأولى نكاح المشركات مع أنهن داخلات فى المحللات بذلك العام الذى فى

(١) هذا الحديث رواه مسلم وابن حبان فى صحيحهما ، وأبو داود والترمذى والنسائى فى سننهم . وقد رواه الجم الغفير من الصحابة ، منهم أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدرى .

وقد تلقاه الصحابة والتابعون ومن بعدهم بالقبول . فهل يكون بعد هذا أقل من المشهور ؟ .

قوله « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ، وحرم بالثانية الجمع بين خمس ، مع أنه داخل فى المحللات بذلك العام أيضاً . ومثل هذا يكفى فى جعل دلالة العام ظنية ، فيجوز تخصيصه بخبر الآحاد وإن لم يكن مشهوراً ، فتخصص آية التحليل بهذا الحديث .

أما الخوارج فقد قالوا : يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها ، وذلك بناء على مبدئهم ، وهو عدم الأخذ بالدليل الظنى فى مقابلة الدليل القطعى .

نظرة فى توجيه الأحناف

٥٦ — هنا يحق لنا أن ننظر إلى قواعد الأحناف ، ومدى انطباق تخريجهم هنا على هذه القواعد .

أما الذين قالوا : إن الحديث هنا مشهور ، فالظاهر أنهم قد اطمأنوا إلى شهرته فساروا على مبدئهم . غير أنه يعترض عليهم بأن الحديث المشهور — وإن سلمنا تخصيصه للآية — لا يكون ذلك سليما إلا إذا ثبت اتصاله بالآية ، فما الدليل على ذلك ؟ والذى يظهر لنا أنهم يريدون من قولهم « خصص الآية » أنه ناسخ ، فإنهم قد يطلقون التخصيص على النسخ تجوزا .

وأما الذين قالوا : إن العام قد خصص بدليل قطعى فأصبح ظنياً ، فلنا معهم كلام يتصل بمبدأين :

الأول : أن الأحناف قرروا أن العام قطعى الدلالة على أفراده ، ولا يصير ظنيا إلا إذا خصص بكلام مستقل متصل . ما عدا قليل منهم فإنهم ساروا مع الجمهور على كونه ظنياً فى هذه الدلالة .

الثانى : أن العام يستمر على قطعيته هذه فيما بقى إذا ورد عليه ناسخ لحكمه فى بعض أفراده . وإن كانوا يسمونه فى بعض عباراتهم (تخصيصاً) على سبيل التجوز . والناسخ لا بد أن يعلم تراخيه عن المنسوخ .

فهل هم ساروا هنا على أن الآيات التى ذكروا أنها خصصت آية التحليل ، التى هى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » نزلت مقارنة لها ، فيكون ذلك تخصيصاً لها بمعناه الاصطلاحى عندهم ؟ إن كان ذلك يصير العام ظنياً

حقاً على مبدئهم ، فيصير الحديث المذكور — وهو خبر آحاد غير مشهور فى نظرهم — صالحاً لتخصيصهما .

ولكن إذا نظرنا نجد أن الآيتين اللتين قالوا : إنهما خصصتا آية التحليل — إحداهما من سورة البقرة ، وهى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » والأخرى من سورة النساء ، وهى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » وكلتاهما لم يوجد دليل على نزولها مقارنتين لآية التحليل وشرط التخصيص عند الحنفية المقارنة[1] . وإذا لم تعلم المقارنة لا يحكم بالتخصيص . وحينئذ لا يصح أن يجعل الحديث الذى هو خبر آحاد غير مشهور مخصصاً ، بل قد وجد فيما روى عن أوقات نزول السور ما يدل على أن سورة النساء قد نزلت بعد سورة البقرة . فليست آية البقرة التى ادعوا أنها خصصت آية التحليل الموجودة فى سورة النساء مقارنة . وعلى هذا لا تكون مخصصة لآية التحليل . وقد اختير أنهما ناسختان ، ومتى كانتا ناسختين استمر العام فى آية التحليل قطعى الدلالة على ما بقى فيه من الأفراد . والنسخ هو الذى اختاره الكمال ابن الهمام[2] . وعلى هذا لا يقوى الحديث — مع فرض أنه غير مشهور — على تخصيص الآية ، لأنه ظنى . ومن هنا يكون ما ساروا عليه غير متفق مع مبدئهم .

ولكن قد يقال : لعلهم لما لم يتيقنوا التراخى — لعدم عثورهم على دليل يدل على ذلك — استظهروا أن الآيات الثلاث صارت فى حكم المتصلة وحينئذ تخصص الآيتان المحرمتان آية التحليل ، مع هذا الاتصال المفروض ، نظراً إلى استوائهما معها فى القطعية .

غير أن هذا أيضاً لا يتفق مع مبدئهم ، وهو أنه إذا لم يعلم التراخى يصار إلى ما يقضى به التعارض بين الآيات . والذى يقضى به التعارض — عندهم — هو ترجيح بعض الآيات من حيث الحكم الذى يؤخذ منها ، فيبقى حكمها فى جميع الأفراد الذين انتظمهم عمومها ، حتى الأفراد الذين دخلوا فى الآيات الأخرى المتعارضة معها — إذا كان الحكم مختلفاً . وكان

(١) أنظر العناية على هامش فتح القدير جـ ٢ ص ٣٦٣ .
(٢) أنظر فتح القدير جـ ٢ ص ٣٦٣ .

عليهم حينئذ أن يقولوا : إن آية التحليل بما فيها من العموم فى لفظ « ما وراء ذلكم » تدل على حل كل من عدا المذكورات من المحرمات فى هذه الآية . وذلك يدخل فيه المشركات ، والكتابيات ، والجمع بين أكثر من أربع من الزوجات . وقد جاء قوله : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » فحرم بالأولى المشركات ، وحرم بالثانية الجمع بين أكثر من أربع ، وهذا مما أحل بآية التحليل . فوجد التعارض بين آية التحليل وهاتين الآيتين ، فيلزم الترجيح ، ومن المرجحات التحريم الذى يكون فى أحد النصوص ، فيؤخذ به ، لأنه الأحوط . ولا سيما فيما يتعلق بالفروج ، إذ الأصل فيها عدم الحل إلا بدليل من الشارع .

لكن هذا وإن حل إشكال التعارض فإنه لا يجيز تخصيص الحديث لآية التحليل ما لم تذع شهرته ويثبت اتصاله ، لأن دفع التعارض لا يخرج المسألة عن أن تكون من باب النسخ ، فيبقى العام فى آية التحليل قطعياً فى الدلالة على ما بقى فيه . ولا يقوى خبر الآحاد على تخصيصه . فهم لا يزالون فى إشكال .

اللهم إلا إذا كان القائلون بهذا التخريج — من الحنفية — هم الذين يقولون بأن الظنى يخصص العام نظراً إلى أن دلالته على عموم أفراده ظنية كما هو عند الجمهور[1].

وأما الحالة الثانية — فقد أدى اختلافهم فيها إلى اختلافهم فى بعض الأحكام ، ومثال ذلك :

(١) والذى يراه الأستاذ الشيخ الزفزاف ، ونحن معه ، مبدأ سليماهو أنه بعد انقطاع الوحى ووفاة الرسول واستقرار الشريعة صارت النصوص كلها فى حقنا كقانون واحد صدر فى وقت واحد . فيكون كل من الخاص المتصل والخاص المنفصل مبينا لما يراد من العام متى لم يعلم لنا التراخى ، لأنهما يعتبران مقارنين للعام ، وهو ما يقول به الشافعية ومعهم الجمهور من حيث تخصيص العام بكل خاص . وإنما اعتبر كذلك ولم يعتبر أحدهما متراخياً من الآخر ، لأن اعتبار التراخى يؤدى إلى النسخ ، والنسخ خلاف الأصل ، فاعتباره يلزم أن يكون عن بينة ، لأن ادعاء خلاف الأصل يحتاج إلى دليل ولا بينة هنا . وعليه لا يكون الخاص ناسخاً إلا إذا ثبت بالدليل أنه نزل متأخراً ، فحينئذ يكون العام قطعياً فى شموله لما بقى فيه من الأفراد ، ما لم يوجد خاص آخر يخرج بعض الأفراد الباقية فى هذا العام ولا يقوم دليل على تأخره فإنه يعتبر متصلا ، فيصير مخصصاً له فى هذه الأفراد الأخرى .

١ — قال الله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا »[1] وقال تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن[2] » وقد اختلف الفقهاء من صحابة وغيرهم فى عدة الحامل التى توفى عنها زوجها ، إذ هى موضع التعارض بين الآيتين . فقال جمهور الفقهاء ، ومنهم الحنفية : إنها تعتد بوضع الحمل : أما الحنفية فقد اعتمدوا على أن آية الطلاق نزلت متأخرة عن آية البقرة فكانت ناسخة لها فى الحامل التى توفى زوجها . ولو كان وضعها بعد الوفاة بزمن يسير . وبهذا يأخذ عبد الله بن مسعود ويقول : من شاء باهلته[3] أن سورة النساء القصرى نزلت بعد سورة النساء الطولى . وأيدوا رأيهم هذا بحديث سبيعة الأسلمية الذى رواه عبدالله بن الأرقم أنها أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة فتوفى عنها زوجها فى حجة الوداع وهى حامل فلم تلبث أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت[4] من نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال لها : مالى أراك متجملة ؟ لعلك ترجين النكاح ؟ فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك ، فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملى فأمرنى بالتزوج إن بدا لى .

وأما غيرهم من الجمهور فقد اعتمدوا على أن الآية الثانية مخصصة للآية الأولى نظراً إلى أنها جاءت فى بعض أفراد العام التى فى الآية الأولى لا فى كل الأفراد . والمآل العملى واحد .

ولكن الإمامية ، ومالكاً — فى رواية عنه — على أنها تعتد بأبعد الأجلين ، وبذلك كان يقول على وابن عباس وبعض الصحابة الآخرين ، وذلك لأنهم — على ما يقال — لم يروا بين الآيتين تعارضاً يمتنع معه العمل بهما جميعاً . والنسخ أو التخصيص إنما يصار إليه عند التعارض الذى يمنع العمل بالنصين .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٤ — وتسمى سورة النساء الطولى .

(٢) آية ٤ من سورة الطلاق ، وتسمى سورة النساء القصرى .

(٣) من المباهلة ، وهى الاسترسال فى الدعاء إلى الله أن يجزى من يقول غير الحق بما يستحق من عقاب .

(٤) تعلت : بتشديد اللام . ومعناه : برئت وطهرت . ويروى : تعلت : بفتح اللام بدون تشديد .

وهى إذا اعتدت بأبعد الأجلين تكون قد مكثت بعد وفاة زوجها أربعة أشهر وعشرا ، ووضعت الحمل أيضاً ، فيتم العمل بآية البقرة وآية الطلاق جميعها .

ولكنا إذا نظرنا نجد أن بين الآيتين تعارضاً ، لأن آية البقرة بعمومها تحرم زواج من وضعت قبل أربعة أشهر وعشر ، وآية الطلاق تبيح ذلك فاجتمع معنا محرم ومبيح . وهذا عين التعارض . ولذا يكون الظاهر أن علياً ومن معه لجئوا إلى الترجيح ، لا إلى الجمع ، والترجيح هنا يكون بالتحريم لأنه أحوط . ولم يأخذوا بحديث سبيعة ، لأنه لم يصح عندهم . ولجأ غيرهم إلى التحليل ، لحديث سبيعة ، ولأنه أيسر . فضلا عن أن الأصل هو الحل .

عموم المقتضى

٥٧ — اللفظ العام قد يكون مذكوراً فى النص ، وقد اختلفوا فى مدلوله على نحو ما تقدم ، وقد لا يكون مذكوراً فى النص ، ولكن فهم النص لا يمكن إلا بتقديره ، نحو قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فنفس الخطأ لا يمكن أن يرفع ، لأنه وقع فعلا . وحينئذ لا بد من تقدير شىء فى الكلام يكون مما يمكن رفعه ، والتقدير : رفع حكم الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . ولفظ (حكم) عام يشمل الدنيوى والأخروى . وقد سموا هذا المقدر بالمقتضى .

وقد اختلف الفقهاء فى المراد من هذا المقتضى ، فاختلفوا فى الأحكام تبعاً لذلك . فقد ذهب فريق منهم إلى أنه يبقى على عمومه كما لو كان ملفوظاً به وحجتهم فى ذلك أنه إن كان ملفوظاً كان عاماً . والمقدر قائم مقام الملفوظ ، فيكون مثله ، ومن هؤلاء الشافعية .

وذهب فريق آخر — ومنهم الحنفية — إلى أنه لا يراد منه إلا بعض أفراده ، وهو ما يكفى لصحة الكلام . وقد احتجوا لذلك بأن المقدر ليس كالملفوظ ، لأنه إنما قدر لضرورة تصحيح الكلام ، والضرورة تقدر بقدرها وبناء على ذلك :

قال الأولون إن المراد من الحديث كل أفراد حكم الخطأ . . . والحكم

عام فى الدنيوى والأخروى . وعلى ذلك لا تبطل صلاة من تكلم خطأ أو ناسياً ، ولا إثم عليه . وقد كان ذلك مذهب ابن مسعود وعبد الله بن الزبير وقتاده وقد أخذ به مالك وأحمد .

وأما الآخرون فقد قالوا : إن المراد من الحديث الحكم الأخروى فقط وهو الإثم ، لأن به ترتفع ضرورة الكلام ، وعلى ذلك تبطل الصلاة بالتكلم خطأ أو نسياناً ، كما يبطل صوم من أكل خطأ ، وكان اللازم أن يبطل من أكل ناسياً بناء على مذهبهم هذا ، ولكنهم لم يبطلوا صومه ، لحديث خاص اقتضى ذلك مخالفاً مقتضى القاعدة السابقة ، وهو قوله ﷺ « من أكل أو شرب ناسياً فليتم صومه ، فإنما أطعمه الله وسقاه » ودلالة هذا النص ، أقوى من دلالة ما اقتضاه صحة الكلام ، فأخذ به ، وأهمل اضطراد القاعدة .

مدلول الطلب

٥٨ — جاءت آيات وأحاديث كثيرة تدل على طلب فعل من المكلف ، سواء أكان الطلب بصيغة الأمر ، أم بالفعل المضارع المقترن باللام كقوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » أو جملة مضارعية فى صورة الخبر ولكن يراد منها الطلب كقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . فما الذى يقتضيه الطلب فى هذه الأوامر ؟

إن الفقهاء اختلفوا فيما تقتضيه هذه الأوامر إذا تجردت عن القرائن ، فنهم من ذهب إلى أنها تدل على الإيجاب ولا تخرج عن ذلك إلا بدليل ، وقد يختلفون فى وجود هذا الدليل فيختلفون فى الحكم . ومنهم من ذهب إلى أنها إنما تدل على الندب ولا تفيد الإيجاب إلا بدليل . ومنهم من ذهب إلى أنها للإرشاد ولا تخرج عن ذلك إلا بقرينة . ومنهم من ذهب إلى التوقف فى فهم المراد حتى يجىء ما يعينه ، لأنها من قبيل المشترك .

وقد كان اختلافهم ذلك سبباً لاختلافهم فى كثير من الأحكام . ومن ذلك ما يأتى :

إن الله تعالى قال : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى

فاكتبوه » فالآية جاء فيها الأمر بكتابة الدين . وقد ذهب الجمهور إلى أن الأمر هنا للإرشاد ، لأنه قد حصلت مداينات فى عهد الرسول ولم تكتب . وذهب آخرون إلى أنه للوجوب . وممن قال بذلك الطبرى وابن جريج[1] .

وكذلك اختلفوا فى المراد من الطلب فى الحديث الذى رواه ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها . والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها » : فقوله : « والبكر تستأذن فى نفسها » جملة خبرية لفظاً طلبية معنى .

فالشافعية قالوا : إن الأمر هنا للندب ، فلو زوجها أبوها دون إذنها لم يتوقف نفاذ العقد على إذنها ، بل يلزمها ذلك العقد ، مع أنهم ممن يقولون : إن الأمر للوجوب . ولكنهم رأوا هنا قرينة تدل على خروجه عن الوجوب . وذلك أن رسول الله ﷺ قد فرق فى الحديث المذكور بين الثيب والبكر فى الحكم ، إذ يقول : « الثيب أحق بنفسها من وليها » ثم ثنى على ذلك بقوله : « والبكر تستأذن فى . . . الخ » . فقد جعل الثيب أحق بنفسها ، وجعل للبكر الحق فى أن تستأذن فى نفسها . وهذا التفريق يدل على اختلافهما فى الحكم . ونظراً إلى اختلاف الحكم الذى انبنى على التفريق بينهما ، لزم — بناء على جعله الثيب أحق بنفسها من وليها — أن تكون البكر غير أحق بنفسها من وليها . وعلى هذا يثبت لوليها الحق فى أن يزوجها ، ولكن يستحسن أن يأخذ رأيها .

أما الحنفية فإنهم قالوا : إن الأمر لا يزال دالا على الوجوب . فإذا زوج البكر البالغة أبوها كان الزواج متوقفاً على إذنها . وقد دعموا ذلك بأنه قد روى عن ابن عباس أيضاً « أن النبى جاءته جارية بكر ، فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم » فكان

(١) وكذلك اختلفوا فى قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » فقال بعضهم الأمر هنا للوجوب ، وممن قال بهذا أبوموسى الأشعرى ، وسعيد بن المسيب ، ومجاهد ، وداود الظاهرى . وقال بعض آخر إنه للندب ، وممن ذهب إلى هذا الحسن البصرى ، وأبوحنيفة ، ومالك والشافعى — اعتماداً على أن النبى صلى الله عليه وسلم باع واشترى ولم يشهد ، وهذا قرينة على أن الأمر خرج من الإيجاب إلى الندب .

هذا دليلا على أن الأمر بالاستئذان لا يزال للوجوب ، ولولا ذلك لما خيرها الرسول .

وليس فى الحديث الأول اختلاف فى الحكم ، وإنما هو اختلاف فى التعبير بصدد كل منها حسب مقتضى الحال .

مدلول النهى

٥٩ — كذلك اختلفوا فى دلالة النهى . فقال الجمهور إنه يدل على ترك المنهى عنه على سبيل الحتم ، وحينئذ يكون للتحريم ، ولا يخرج عن ذلك إلا بقرينة . وقال بعضهم : إنه للتأديب ، وإذن يدل على ترك المنهى عنه على سبيل الاستحسان ، وحينئذ يكون للكراهة ، ولا يدل على التحريم إلا بقرينة . وقال بعض آخر : إنما يدل على مطلق الترك ، ولا تستفاد الحرمة أو الكراهة إلا بقرينة . وتبعاً لذلك اختلفوا فى بعض الأحكام . ومن أمثلة ذلك :

ما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » .

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن النهى هنا يدل على تحتم ترك المنهى عنه ، فهو للتحريم ، فإذا فعله كان آثما ، وعلى ذلك يكون البيع على بيع أخيه والخطبة على خطبة أخيه حراماً .

ولكن أصحاب هذا المذهب اختلفوا فى الأثر المترتب على هذا التحريم ، فرتب بعضهم على ذلك حكما آخر هو : عدم صحة العقد فى البيع أو الزواج ، لأن التحريم يقتضى عدم نفاذ العقود المترتبة على ما حرم . وممن قال بذلك داود الظاهرى وابن حزم . وقد روى كذلك عن بعض الحنابلة ، وعن المالكية فى قول . وعند المالكية قول آخر فى عقد المخطوبة : وهو أنه يجب فسخ العقد الذى تم على هذا النحو بالمخطوبة إن لم يدخل بها ، فإن دخل بها لا يفسخ .

أما الجمهور — ومنهم الحنفية — فإنه يرى أن النهى وإن كان للتحريم فإنه لا يترتب عليه فساد المنهى عنه . ولذلك قالوا بصحة عقد البيع من البائع الثانى ، وعقد الزواج من الخاطب الثانى . وعللوا ذلك بأن النهى ليس

لذات العقد ، ولكنه لأمر خارج عنه ، كحلول الشحناء بين الناس ، ومثل هذا يترتب عليه حرمة العقد لا غير .

وكذلك جمهور الحنابلة تبعاً لإمامهم ، فإنهم يرون أن عقد الزواج غير فاسد ، ولكنهم سلكوا فى ذلك تعليلا غير تعليل الحنفية ، فقد قالوا : إن المحرم لم يقارن العقد ، إذ هو الخطبة ، وهى لم تقارن العقد ، فمثلها فى ذلك مثل التصريح بالخطبة فى العدة ، فإنها محرمة ومع ذلك لا يفسد عقد الزواج بعد العدة بناء على هذه الخطبة .

وذهب فريق آخر إلى أن النهى هنا على سبيل الاستحسان . فيكون فعل المنهى عنه مكروها فقط . وبنى على هذا أن العقد حينئذ يكون صحيحاً ، وتترتب عليه آثاره .

ارادة الحقيقة أو المجاز أو هما معا

٦٠ — يلزمنا هنا أن نبين معنى الحقيقة ومعنى المجاز قبل التكلم فيما يراد مما ذكرنا . فالحقيقة استعمال اللفظ فيما وضع له . والوضع قد يكون وضعاً لغوياً كوضع الصلاة للدعاء ، وقد يكون وضعا شرعياً كوضع الصلاة نفسها للأفعال المفتتحة بالتكبير المختتمة بالتسليم ، وقد يكون وضعا عرفياً كتعارف بعض البلاد على إطلاق الدابة على الفرس ، أوعلى ذات الأربع : فرساً أو غيرها ، مع أنها فى اللغة موضوعة لكل ما دب على وجه الأرض من كل الحيوان حتى العقرب . وعلى ذلك تكون الحقيقة إما لغوية وإما شرعية وإما عرفية . أما المجاز فهو استعمال اللفظ فى غير ما وضع له لعلاقة مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقى . وبناء على ذلك يكون المجاز إما مجازاً لغويا أو شرعيا أو عرفيا ، فهو لغوى إذا استعمل اللفظ بين اللغويين فى غير ما وضع له لغة ، وشرعى إذا استعمله الشارع فى غير ما وضع له فى لسان الشرع ، وعرفى إذا استعمله أهل عرف فى غير ما وضع له فى عرفهم . ومن هنا عرف بعضهم الحقيقة بأنها استعمال اللفظ فيما وضع له عند المتخاطبين ، وكذلك عرفوا المجاز بأنه استعمال اللفظ فى غير ما وضع له عند المتخاطبين . وبهذا شمل التعريف كل الحقائق والمجازات التى ذكرناها .

وكل من الحقيقة والمجاز طريق من طرق أداء المعنى ، وعلى هذا يكون

للمجاز ما للحقيقة فى إفادة الحكم ، فيثبت له العموم والخصوص ، فإذا استعير لفظ لمعنى ثبت به المعنى الذى استعير له ، فلما قال الله تعالى « وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيبا » كان قد عبر عن الحدث الأصغر بقوله « أو جاء أحد منكم من الغائط » فيكون المعنى الذى يراد بلفظ الغائط : هو الحدث الأصغر . مع أنه فى أصل اللغة يطلق على المطمئن الواسع من الأرض ، ولكن استعمل مجازاً فى الخارج المستقذر من الإنسان ، ثم فشا استعماله فيه .

ومن المعروف عند العلماء أن الحقيقة هى التى تراد من اللفظ متى أطلق ، ولا ينصرف هذا اللفظ إلى المجاز إلا إذا استحالت الحقيقة . وقد يبدو فى بادئ الرأى أنه لا مجال للاختلاف حينئذ . ولكن الواقع أنه ينشأ بينهم الخلاف من حيث اختلاف وجهة النظر فى الحقيقة : هل هى ممكنة فى النص الوارد أولا ؟ وإذا كانت ممكنة فهل يصح أن يراد معها المعنى المجازى أولا ؟ وإذا كانت غير ممكنة فهل يكون للفظ المجازى عموم كالحقيقة أولا ؟ تلك وجهات نظر مختلفة لهم وقد ترتب على اختلافهم هذا اختلافهم فى الأحكام . ومثال ذلك :

قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وحقيقة النكاح هنا عقد الزواج ، لأنه يراد به فى لسان الشرع ذلك .

فبعض الفقهاء قال هنا : إن الحقيقة من النكاح — وهى مطلق الزواج — ممكنة ، وعلى ذلك لا يصح الزواج إلا إذا تولاه ولى الزوجة . ومن هؤلاء المالكية والشافعية والحنابلة . ولكن الحنفية قالوا : إن الحقيقة هنا غير ممكنة ، لأنه قد ورد من الآثار ما يدل على عدم إرادتها ، لأنه قد روى عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال : الثيب أحق بنفسها من وليها » وأنه قال : « ليس للولى مع الثيب أمر » وهذا يدل على صحة عقد الزواج إذا باشرته الثيب بنفسها ، ويكون نافذاً . وحينئذ يكون قوله عليه السلام : « لا نكاح إلاّ بولىّ » غير دال على نفى صحة النكاح تمسكاً بنفى المعنى الحقيقى لفظ النكاح المذكور فى الحديث : « لا نكاح إلاّ بولىّ وشاهدىْ عدلٌ » ، بل يكون المراد هنا نفى المعنى المجازى لهذا اللفظ ، وهو كمال النكاح واستحسانه : أى لا نكاح كامل ، أو مستحسن إلاّ بولىّ .

وكذلك ورد قوله ﷺ « من شرب الخمر فاجلدوه » والخمر حقيقة فيما اتخذ من العنب ، ومجاز فيما يسكر من غير العنب .

وقد قال الشافعية : إن الأمر بالجلد – وهو الحد المطلوب شرعاً – يوقع على من شرب قليلا أو كثيراً من الخمر أو غيرها من الأشربة التي شأنها الإسكار بمقتضى هذا الحديث ، استعمالا للفظ الخمر في حقيقته ومجازه . لكن الحنفية قالوا : إن من شرب الخمر ولو قليلا يقام عليه حد الجلد . أما من شرب من الأشربة الأخرى فالأصل ألا يحد ، لأن اللفظ لا يستعمل في حقيقته ومجازه . ولكن وردت أدلة أخرى تدل على جلده إذا سكر فعلا ، والعادة ألا يكون السكر إلا من شرب الكثير ، وقد ثبت الحكم فيمن سكر فعلا بالإجماع ، وبقوله عليه السلام : « والمسكر من كل شراب » .

المطلب الثالث

تعارض النصوص

هذا هو المطلب الثالث الخاص بالكتاب والسنة ، وهو يشملهما جميعاً . وهذه العبارة قد يفهم منها بادىء ذي بدء أنه قد يكون بين النصوص الشرعية : من كتاب أو سنة تعارض ، وهذا في الحقيقة غير ممكن ، لأن أدلة الشريعة التي هي نصوص من كتاب أو سنة صحيحة كلها من عند الله سبحانه وتعالى ، ولا يمكن أن تتعارض نصوص جاءت من عند الله سبحانه، فالله يقول في شأن الكتاب : « أفلا يتدبرون القرآن : ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » وقد شهد للسنة بأنها من عنده حيث يقول « وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحي يوحى » . .

٦١ – والتعارض الحقيقي في النصوص – وكلها من مشرع واحد هو الله – لا يمكن أن يحدث إلا إذا اتحد المحكوم عليه ، واتحد الحكم ، واتحد زمان ورود النصين المتعارضين في الحكم ، ولا شك في أن الشارع سبحانه منزه عن أن يكلفنا بما في نصين متناقضين لأمر واحد في وقت واحد ، لأن هذا منشؤه الجهل ، والله مقدس عن هذا . وحينئذ إذا وجد عندنا نصان متعارضان في أمر فلا بد أن يكون أحدهما سابقاً والآخر متأخراً عنه لإنهاء

الحكم الأول بعد أن استوفى أغراضه . ولكنا لما جهلنا السابق منهما واللاحق لعدم نقل ذلك إلينا عمن عرفه من الصحابة ظننا أنهما متعارضان ، وكذلك قد يكون ظننا التعارض ناشئاً من عدم علمنا بما يراد بكل منهما صراحة ، أو عدم علمنا بالملابسات التي أحاطت بكل منهما مما لو علم لا ندفع هذا التعارض الظاهري ، كوصف الله الخمر بأنها رجس في قوله : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون» ثم يقول في آية أخرى : « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا والله يحب المحسنين » فالآية الثانية تعطينا بمقتضى نفي الجناح عن المؤمنين فيما طعموا وبظاهر العموم في قوله « فيما طعموا » أن الخمر ليس برجس ، وذلك يعارض الآية الأولى، لأنها كانت أفادت أن الخمر رجس على الإطلاق . وفيما يلي حادثة طريفة تبين الملابسات التي اقتضت نزول الآية الثانية . .

روى أن قدامة بن مظعون كان عاملا لعمر في البحرين وكان يشرب الخمر . فقال له عمر : إني جالدك . فقال والله لو شربت كما يقولون ما كان لك أن تجلدني ، لأن الله يقول « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا . . . الخ الآية . وأنا من هؤلاء ، لأني شهدت مع رسول الله ﷺ بدراً وأحداً والخندق . فقال عمر: ألا تردون عليه ؟ فقال ابن عباس إن هذه الآية نزلت عذراً للماضين ، وحجة على الباقين ، لأن الله يقول : « إنما الخمر والميسر . . . الخ الآية » فقال عمر : صدقت . وإنما كانت عذراً للماضين وحجة على الباقين لأنه لما نزلت آية الخمر السابقة – قال ناس كيف بمن قتلوا في سبيل الله ، وماتوا ، وكانوا يشربون الخمر وهي رجس ، فنزلت آية « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح . . » الآية » : يريد سبحانه أن الذين آمنوا وعملوا الصالحات ليس عليهم إثم في شرب الخمر متى ماتوا قبل تحريمها .

فعدم علم ابن مظعون بالملابسات التي نزلت فيها الآية أوقعه فيما وقع

فيه[1] . . . وهناك غير ما ذكرنا من الأمور ما يرتفع به التعارض ، ويعرف من تتبع كتب الفقه والأصول .

ومن حيث إننا نجهل هذه الأشياء يجب علينا أن نجمع بين النصين المتساويين عند هذا التعارض أو نرجح حكم أحدهما على الآخر متى لمسنا مسوّغاً لذلك . وقد تحقق التعارض بين النصين ، وهو يقتضى ما ذكرنا — وعدم تعارضهما مثار اختلاف بين العلماء لاختلافهم فى الأسباب التى تقتضيه : ومن هنا يختلفون فى الأحكام تبعاً لاختلاف أنظارهم فى ذلك . وفيما يلى تفصيل الأمر :

إنا نجد هذا التعارض الظاهرى الذى ذكرناه قد يكون بين آيتين ، وقد يكون بين سنتين ، وقد يكون بين آية وسنة :

٦٢ — ويمثل الاختلاف بين آيتين رجحت إحداهما — قوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »[2] مع قوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف[3] » فالآية الأولى تفيد حل الجمع وقاعا بين الأختين بملك اليمين ، لأنه يحكم فيها بالفلاح لكل من حفظ فرجه من غير أزواجه وكل ما ملكت يمينه : أى ولو كن أخوات ، والآية الثانية تقضى بحرمة الجمع بين الأختين ، لأنها سيقت معطوفة على المحرمات فى آية النساء . والجمع بين الأختين فيها مطلق فيشمل الجمع بزواج أو وطأ بملك يمين . ومن هنا قال الإمام على أحلتهما آية ، وحرمتهما آية . وكذلك قال عثمان ، رضى الله عنهما .

وقد اختلف الصحابة فى الخلاص من هذا التعارض الظاهرى ، فرأى على الترجيح بالأخذ بالأحوط منهما ، وهو الذى يقتضى التحريم . ورأى عثمان أن يرجح الحكم الذى اقتضته آية التحليل ، وهى آية المؤمنين — على الرغم من أنه كان يقول : أحلتهما آية وحرمتهما آية ، كما كان يقول على — ، لأنه

(١) ونحن نرى أن هذا الجهل بالمعنى الحقيقى للنص . أو الخطأ فى تفسيره ، لا يصلح عذرا ، ولا ترتفع به ، تبعاً ، المسئولية

(٢) سورة المؤمنين آية ٤

(٣) سورة النساء آية ٢٣

كان يرى أن التحليل هو الأصل ، إذ الأصل هو الحل والتحريم طارئ ، لأن الشارع لما أباح التعدد بالتزوج وبملك اليمين صار الوقاع حلالا ، فيكون مقتضى هذا ألا يفرق بين أختين أو غيرهما ، ولكن ورد ما دل على حرمة الجمع بين الأختين زواجاً ، ولم يرد ما يدل على حرمته وطأ بملك اليمين . وما كان هذا الاتجاه منهما فى رفع التعارض إلا لعدم علمهما بما نزل أولا ، وما نزل ثانياً ، حتى يحكما بنسخ الثانى للأول . والدال على حرمة الجمع زواجاً هو الإجماع على أنه المراد فى آية النساء .

٦٣ — أما الاختلاف بين سنتين : فيمثله ما روى عن النعمان بن بشير رضى الله عنه أنه قال : « إن النبى ﷺ صلى صلاة الكسوف كما تصلون ، ركعة وسجدتين » (أى فى كل ركعة) مع ما روى عن عائشة رضى الله عنها « أنه صلاها ركعتين بأربع ركعات وأربع سجدات » فالحديث الأول يدل على أن الركعة من صلاة الكسوف — ليس فيها إلا ركوع واحد ، وسجدتان ، كما هو المعتاد فى كل صلاة . أما الحديث الثانى فيدل على أن كل ركعة فيها ركوعان ، وسجدتان ، على غير المعتاد فى الصلاة بالنسبة إلى الركوع .

وقد أخذ أئمة الحنفية بالحديث الأول . أما الشافعية فقد أخذوا بالحديث الثانى ، وذلك لأن الحنفية رجحوا الحديث الأول بأنه هو الموافق للقياس ، وبأنه يتفق مع ما رواه ابن عمرو أيضاً . ورواية الرجال فى مثل هذا أقوى ، لأنه مما ينكشف للرجال أكثر من النساء ، ضرورة أن النساء كثيراً ما يغبن عن مثل هذه المشاهد . أما الشافعية فيرون أن حديث عائشة أقوى سنداً فيرجح بناء على ذلك .

٦٤ — وأما الاختلاف بين كتاب وسنة ، فيمثله قوله تعالى « فاقرءوا ما تيسر منه[1] » مع ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » فإن الآية جاءت فى شأن الصلاة . وهى تعطى بالعموم المفهوم من « ما » عدم وجوب قراءة الفاتحة فى الصلاة . أما الحديث فهو ينفى الصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب .

(١) المزمل آية ٢٠ .

وقد أخذ الحنفية بعدم فرضيتها ، وكفاية غيرها من الآيات عنها . وذلك اعتماداً على تأويل الحديث بأن المنفى معنى مجازى هو عدم الفضيلة : أى لا صلاة فاضلة لمن لم يقرأ بها . أما الشافعية فقد رأوا فرضيتها ، فيلزم عدم صحة الصلاة بغير الفاتحة اعتمادا على أن (لا) التى فى قوله (صلاة) لنفى الجنس ، وهذا يقتضى نفى أصل الصلاة . .

المبحث الرابع

الإجماع(١)

تعريفه

٦٥ ــ الإجماع فى اصطلاح الأصوليين هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول على حكم شرعى فى واقعة ، فإذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية فى وقت حدوثها واتفقوا على حكم فيها سمى اتفاقهم إجماعاً وكان إجماعهم على حكم واحد فيها دليلاً على أن هذا هو الحكم الشرعى فى الواقعة . وإنما قيل فى التعريف بعد وفاة الرسول لأنه فى حياة الرسول هو المرجع التشريعى وحده فلا يتصور اختلاف فى حكم شرعى ولا اتفاق إذ الاتفاق لا يتحقق إلا من عدد .

أركانه

٦٦ ــ مما ورد فى تعريف الإجماع من أنه اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر على حكم شرعى يؤخذ أن أركان الإجماع التى لا ينعقد شرعاً إلا بتحققها أربعة :

الأول : أن يوجد فى عصر وقوع الحادثة عدد من المجتهدين لأن الاتفاق لا يتصور إلا فى عدة آراء يوافق كل رأى منها سائرها . فلو خلا وقت من وجود عدد من المجتهدين ، بأن لم يوجد فيه مجتهد أصلاً أو وجد مجتهد واحد ، لا ينعقد فيه شرعاً إجماع ومن هذا لا إجماع فى عهد الرسول .

(١) لفظ الإجماع معناه فى اللغة العربية العزم ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم وشركاءكم » أى اعزموا عليه . وسمى اتفاق المجتهدين إجماعاً لأن من اتفقوا على رأى فقد عزموا عليه .

الثانى : أن يتفق على الحكم الشرعى فى الواقعة جميع المجتهدين من المسلمين فى وقت وقوعها بصرف النظر عن بلدهم أو جنسهم أو طائفتهم . فلو اتفق على الحكم الشرعى فى الواقعة مجتهدو الحرمين فقط ، أو مجتهدو العراق فقط ، أو مجتهدو الحجاز أو مجتهدو آل البيت أو مجتهدو أهل السنة دون مجتهدى الشيعة ، لا ينعقد شرعاً بهذا الاتفاق الخاص إجماع ، لأن الإجماع لا ينعقد إلا بالاتفاق العام من جميع مجتهدى العالم الإسلامى فى عهد الحادثة ولا عبرة بغير المجتهدين .

الثالث : أن يكون اتفاقهم بإبداء كل واحد منهم رأيه صريحاً فى الواقعة سواء أكان إبداء الواحد منهم رأيه قولاً بأن أفتى فى الواقعة بفتوى ، أو فعلاً بأن قضى فيها بقضاء . وسواء أبدى كل منهم رأيه على انفراد وبعد جمع الآراء تبين اتفاقها ، أو أبدوا آراءهم مجتمعين بأن جمع مجتهدو العالم الإسلامى فى عصر حدوث الواقعة وعرضت عليهم وبعد تبادلهم وجهات النظر اتفقوا جميعاً على حكم واحد فيها(١) .

الرابع : أن تتفق آراء جميع المجتهدين على الحكم ، فلو اتفق أكثرهم لا ينعقد باتفاق الأكثر إجماع مهما قل عدد المخالفين وكثر عدد المتفقين ، لأنه ما دام قد وجد اختلاف وجد احتمال الصواب فى جانب والخطأ فى جانب فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة .

حجيته

٦٧ ــ إذا تحققت أركان الإجماع الأربعة بأن أحصى فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول جميع من فيه من مجتهدى المسلمين على اختلاف

(١) قال النظام وبعض الشذاذ : إن الإجماع لا يتصور وقوعه . ونحن نرى أن الكلام فى إجماع من عدا الصحابة ليس إلا جدلا نظرياً ، إذ لم يستطع أحد أن يأتى بحكم ثبت بالإجماع بعد عصر الصحابة . أما أصحاب الرسول فقد اجتمعوا واختلفوا واجتهدوا وأجمعوا ودون العلماء مسائل إجماعهم . وينفى الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف انعقاد الإجماع فى عهد الصحابة أنفسهم ، وهو يقول إن ما وقع فى عصرهم لم يخرج عن كونه اتفاقاً من الحاضرين من أولى العلم على حكم فى الحادثة المعروضة ، فهو فى الحقيقة حكم صادر عن شورى الجماعة لا عن رأى الفرد ، وقد وجد أيضاً فى بعض عصور الأمويين بالأندلس حين كونوا فى القرن الثانى الهجرى جماعة يستشارون فى التشريع ، أما بعد ذلك فقد استقل كل فرد من المجتهدين باجتهاده فى بلده وفى بيئته ــ أنظر المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها .

بلادهم وأجناسهم وطوائفهم ، وعرضت عليهم واقعة لمعرفة حكمها الشرعى وأبدى كل مجتهد منهم رأيه صراحة فى حكمها بالقول أو بالفعل مجتمعين أو منفردين ، واتفقت آراؤهم على حكم واحد فى هذه الواقعة ، كان هذا الحكم المتفق عليه قانوناً شرعياً واجباً اتباعه ولا تجوز مخالفته ، وليس للمجتهدين فى عصر تال أن يجعلوا هذه الواقعة موضع اجتهاد لأن الحكم الثابت فيها بهذا الإجماع حكم شرعى قطعى لا مجال لمخالفته ولا لنسخه .

والبرهان على حجية الإجماع ما يأتى : —

أولا : أن الله سبحانه فى القرآن الكريم كما أمر المسلمين بطاعته وطاعة رسوله أمرهم بطاعة أولى الأمر منهم فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) ولفظ الأمر عام يشمل الأمر الدينى ، والأمر الدنيوى . وأولو الأمر الدنيوى هم الملوك والأمراء والولاة ، وأولو الأمر الدينى هم المجتهدون وأهل الفتيا ، وقد فسّر بعض المفسّرين وعلى رأسهم ابن عباس أولى الأمر فى هذه الآية بالعلماء ، وفسرهم آخرون بالأمراء والولاة ، والظاهر التفسير بما يشمل الجميع وما يوجب طاعة كل فريق فيما هو شأنه . فإذا أجمع أولو الأمر فى التشريع وهم المجتهدون على حكم وجب اتباعه وتنفيذ حكمهم بنصّ القرآن . ولذا قال تعالى : (ولو ردّوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » . وتوعّد سبحانه من يشاقق الرسول ويتبع غير سبيل المؤمنين ، فقال عز شأنه : (ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نولّه ما تولّى ونصله جهنم وساءت مصيراً)فجعل من يخالف سبيل المؤمنين قرين من يشاقق الرسول .

وثانياً : أن الحكم الذى اتفقت عليه جميع آراء المجتهدين فى الأمة الإسلامية هو فى الحقيقة حكم الأمة ممثلة فى مجتهديها . وقد وردت عدة أحاديث عن الرسول وآثار عن الصحابة تدل على عصمة الأمة من الخطأ ، منها قوله صلى الله عليه وسلم « لا تجتمع أمتى على خطأ » وقوله « لم يكن الله ليجمع أمتى على الضلالة » وقوله « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ، وذلك لأن اتفاق جميع هؤلاء المجتهدين على حكم واحد فى الواقعة

مع اختلاف أنظارهم والبيئات المحيطة بهم وتوافر عدة أسباب لاختلافهم دليل على أن وحدة الحق والصواب هى التى جمعت كلمتهم وغلبت عوامل اختلافهم .

وثالثاً : أن الإجماع على حكم شرعى لا بد أن يكون قد بنى على مستند شرعى لأن المجتهد الإسلامى له حدود فى اجتهاده لا يسوغ له أن يتعداها ، فإذا كان فى الواقعة نص فاجتهاده لا يتعدى تفهم النص ومعرفة ما يدل عليه ، وإذا لم يكن فى الواقعة نص فاجتهاده لا يتعدى استنباط حكمه بواسطة قياسه على ما فيه نص أو تطبيق قواعد الشريعة ومبادئها العامة ، أو الاستدلال بما أقامته الشريعة من دلائل كالاستحسان ، أو الاستصحاب ، أو مراعاة العرف أو المصالح المرسلة . وإذا كان اجتهاد المجتهد لا بد أن يستند إلى دليل شرعى فاتفاق المجتهدين جميعاً على حكم واحد فى الواقعة دليل على وجود مستند شرعى يدل قطعاً على هذا الحكم لأنه لو كان ما استندوا إليه دليلاً ظنياً لاستحال عادة أن يصدر عنه اتفاق ، لأنّ الظنى مجال لاختلاف العقول .

وكما يكون الإجماع على حكم فى واقعة ، يكون على تأويل نص أو تفسيره ، وعلى تعليل حكم النص وبيان النص المنوط به .

امكان انعقاده

٦٨ — قالت طائفة من العلماء ، منهم النظام وبعض الشيعة ، إن هذا الإجماع الذى تبيّنا أركانه ، لا يمكن انعقاده عادة ، لأنه يتعذر تحقق أركانه ، وذلك أنه لا يوجد مقياس يعرف به إذا كان الشخص بلغ مرتبة الإجتهاد أو لم يبلغها ، ولا يوجد حكم يرجع إليه فى الحكم بأن هذا مجتهد أو غير مجتهد ، فمعرفة أشخاص المجتهدين متعذرة .

ولو فرض أن أشخاص المجتهدين فى العالم الإسلامى وقت حدوث الواقعة معروفون ، فالوقوف على آرائهم جميعاً فى الواقعة بطريق يفيد اليقين أو القريب منه متعذر ، لأنهم متفرقون فى قارات مختلفة ، وفى بلاد متباعدة ، ومختلفو الجنسية والتبعية ، فلا يتيسّر سبيل إلى جمعهم وأخذ آرائهم مجتمعين ، ولا إلى نقل رأى كل واحد منهم بطريق يوثق به .

ولو فرض أن أشخاص المجتهدين عرفوا ، وأمكن الوقوف على آرائهم بطريق يوثق به ، فما الذى يكفل أن المجتهد الذى أبدى رأيه فى الواقعة يبقى مصراً عليه حتى تؤخذ آراء الباقين ، وما الذى يمنع أن تعرض له شبهة فيرجع عن رأيه قبل أخذ آراء الباقين ، والشرط لانعقاد الإجماع أن يثبت اتفاق المجتهدين جميعاً فى وقت واحد على حكم واحد فى واقعة .

ومما يؤيد أن الإجماع لا يمكن انعقاده ، أنه لو انعقد كان لا بد مستنداً إلى دليل ، لأن المجتهد الشرعى لا بد أن يستند فى اجتهاده إلى دليل . والدليل الذى يستند إليه المجمعون إن كان دليلاً قطعياً فمن المستحيل عادة أن يخفى لأن المسلمين لا يخفى عليهم دليل شرعى قطعى حتى يحتاجوا معه إلى الرجوع إلى المجتهدين وإجماعهم ، وإن كان دليلا ظنياً فمن المستحيل عادة أن يصدر عن الدليل الظنى إجماع لأن الدليل الظنى لا بد أن يكون مثاراً للاختلاف (١) .

أنواعه

٦٩ — الإجماع من جهة كيفية حصوله نوعان : أحدهما الإجماع الصريح وهو أن يتفق جميع مجتهدى العصر على حكم فى واقعة بإبداء كل منهم رأيه

(١) وقد نقل ابن حزم فى كتابه الأحكام عن عبد الله بن أحمد بن حنبل قوله : سمعت أبى يقول « ما يدعى فيه رجل الإجماع هو الكذب . من ادعى الإجماع فهو كذاب . لعل الناس قد اختلفوا — ما يدريه — ولم ينته إليه فليقل : لا نعلم الناس اختلفوا » وذهب جمهور العلماء إلى أن الإجماع يمكن انعقاده عادة . وقالوا إن ما ذكره منكرو إمكانه لا يخرج عن أنه تشكيك فى أمر واقع ، وإن أظهر دليل على إمكانه انعقاده فعلا ، وذكروا عدة أمثلة لما ثبت انعقاد الإجماع عليه مثل خلافة أبى بكر ، وتحريم شحم الخنزير ، وتوريث الجدات السدس ، وحجب ابن الابن من الإرث بالابن ، وغير ذلك من أحكام جزئية ومبادئ كلية . ويرى الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف أن الراجح أن الإجماع بتعريفه وأركانه التى بيناها لا يمكن عادة انعقاده إذا وكل أمره إلى أفراد الأمم الإسلامية وشعوبها ، ويمكن انعقاده إذا تولت أمره الحكومات الإسلامية على اختلافها . فكل حكومة تستطيع أن تعين الشروط التى بتوافرها يبلغ الشخص مرتبة الاجتهاد وأن تمنح الإجازة الاجتهادية لمن توافرت فيه هذه الشروط ، وبهذا تستطيع كل حكومة أن تعرف آراء مجتهديها فى أية واقعة ، فإذا اتفقت آراء المجتهدين جميعهم فى كل حكومة على حكم واحد فى هذه الواقعة كان إجماعاً ، وكان الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً واجباً اتباعه على المسلمين

جميعهم

بفتوى أو قضاء ، أى أن كل مجتهد يصدر منه قول أو فعل يعبّر صراحة عن رأيه ، وثانيهما الإجماع السكوتى وهو أن يبدى بعض مجتهدى العصور رأيهم صراحة فى الواقعة بفتوى أو قضاء ويسكت باقيهم عن إبداء رأيهم فيها بموافقة ما أبدى فيها أو مخالفته .

أما النوع الأول وهو الإجماع الصريح فهو الإجماع الحقيقى ، وهو حجة شرعية فى مذهب الجمهور ، وأما النوع الثانى وهو الإجماع السكوتى فهو إجماع اعتبارى لأن الساكت لا جزم بأنه موافق ، فلا جزم بتحقيق الاتفاق وانعقاد الإجماع ، ولهذا اختلف فى حجيته ، فذهب الجمهور إلى أنه ليس حجة ، وأنه لا يخرج عن كونه رأى بعض أفراد من المجتهدين ، وذهب علماء الحنفية إلى أنه حجة إذا ثبت أن المجتهد عرضت عليه الحادثة وعرض عليه الرأى الذى أبدى فيها ومضت عليه فترة كافية للبحث وتكوين الرأى وسكت ولم توجد شبهة فى أنه سكت خوفاً أو ملقاً أو وهياً أو استهزاءاً ، لأن سكوت المجتهد فى مقام البيان والتشريع بعد فترة البحث والدرس مع انتفاء ما يمنعه من إبداء رأيه لو كان مخالفاً ، دليلٌ على موافقته الرأى الذى أبدى إذ لو كان مخالفاً ما وسعه السكوت .

والذى يراه أغلب الفقهاء راجحاً مذهب الجمهور ، لأن الساكت من المجتهدين تحيط بسكوته عدة ظروف وملابسات منها النفسىّ ومنها غير النفسىّ ولا يمكن استقصاء كل هذه الظروف والملابسات والجزم بأنه سكت موافقة ورضا بالرأى ، فالساكت لا رأى له ولا ينسب إليه قول موافق أو مخالف ، وأكثر ما وقع مما سمى إجماعاً هو من الإجماع السكوتى .

وأما الإجماع من جهة أنه قطعى الدلالة على حكمه أو ظنى فهو نوعان أيضاً : أحدهما إجماع قطعى الدلالة على حكمه وهو الإجماع الصريح ، بمعنى أن حكمه مقطوع به ولا سبيل إلى الحكم فى واقعته بخلافه ، ولا مجال للاجتهاد فى واقعة بعد انعقاد إجماع صريح على حكم شرعى فيها . وثانيهما إجماع ظنى الدلالة على حكمه وهو الإجماع السكوتى بمعنى أن حكمه مظنون ظناً راجحاً ولا يخرج الواقعة عن أن تكون مجالاً للاجتهاد . لأنه عبارة عن

رأى جماعة من المجتهدين لا جميعهم[١] .

المبحث الخامس

الاختلاف المتعلق بالإجماع

٧٠ — اختلف العلماء فى الإجماع من عدة جهات تجمل فيما يلى :

١ — هل الإجماع حجة أولا ؟

٢ — ثبوت الإجماع فى المسألة عند بعض القائلين بكونه حجة ، دون بعض آخر .

٣ — صحة إجماع فى مسألة عند بعضهم ، وصحة إجماع آخر عند بعض آخر .

من هذه الجهات نشأ اختلاف العلماء فى الإجماع . وترتب على اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى بعض الأحكام .

أما الناحية الأولى : فالذين لا يرون الإجماع حجة — وهم الخوارج وبعض الشيعة ، والنظام من المعتزلة ، والظاهرية فى غير إجماع الصحابة — يرون أن كل حكم لا يرد به كتاب أو سنة صحيحة بحل أو حرمة يكون محمولا على الإباحة . ويبنى على ذلك اختلافهم مع القائلين بحجية الإجماع فى كل الأحكام التى لا نص عليها وادعى الآخرون الإجماع فيها . فهم يقولون بالإباحة . وغيرهم — وهو الجمهور — يعطيها الحكم الذى ادعى الإجماع عليه . ومثل هذا كثير .

وأما الناحية الثانية — وهى ثبوت الإجماع عند بعضهم دون الآخر — فإن اختلافهم فى الأحكام المترتبة عليه يمثله ما يأتى :

الأرض الخراجية التى تحت يد المسلمين : بأن يكونوا قد أسلموا بعد أن فرض عليهم الخراج فيها قبل أن يسلموا ، أو انتقلت من أيدى الذميين الذين فرض عليهم الخراج فيها إلى أيدى المسلمين بسبب ينقل الملكية ، أو أحيا بعض المسلمين أرضاً مواتاً يسقيها من ماء الخراج .

(١) الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ٥٢ .

فالحنفية يقولون ليس فى هذه الأرض عشر ، لأنه لا يجتمع عشر وخراج ؛ ويدعون أن الإجماع قد انعقد على هذا بين الصحابة . وقد حكى هذا الإجماع الكمال بن الهمام إذ يقول : « وللإجماع الصحابة ، إذ قد فتحوا السواد ولم ينقل عنهم قط جمعهما (أى العشر والخراج) على مالك[١] » ثم قال فى موضع آخر : فالذى يغلب على الظن أن الراشدين : من عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشراً من أرض الخراج ، وإلا لنقل إلينا . . . ثم قال : وإذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلا بفعل الصحابة خصوصاً الخلفاء الراشدين ، ويكون إجماعا »[٢] .

وهنا ننظر كيف يكون هذا إجماعاً ؟ فنجد أنه لم يكن فيما نقلناه عن الكمال ما يدل على أنه كان من جميع الصحابة المجتهدين ، بل نجد عبارته الثانية تدل على أنه قد حصل من عمر وعثمان وعلى ، وأن تحققه مظنون فقط ، لأنه لم ينقل عن هؤلاء الخلفاء الراشدين أنهم جمعوا بين العشر والخراج مع أنه مما تتوافر الدواعى على نقله ، فعدم نقل ذلك عنهم يعتبر بمثابة اتفاقهم على عدم هذا الجمع . ثم عدم نقل إنكار الصحابة على ذلك يعتبر موافقة . فهو نوع من الإجماع السكوتى الذى يقول باعتباره الأحناف.

أما الشافعية ومن معهم فلم يعتبروا هذا إجماعاً من الصحابة لعدم ورود النقل له ، فلا يوجد ما يدل على انعقاد هذا الإجماع ؛ وفضلا عن ذلك فقد صح عندهم ما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه قد جمع بين العشر والخراج . وسئل : المسلم تكون فى يده أرض الخراج ، أيطلب منه العشر أيضاً ؟ فقال : « إنما الخراج على الأرض ، والعشر على الحب » . فهل يجوز لعمر بن عبد العزيز أن يحيد عن الإجماع الذى ادعى الأحناف أنه تم بين الصحابة ؟ مع أن هؤلاء الأحناف يقولون : الإجماع حجة بعد انعقاده ، ولا ينسخ . ولكنهم لعلهم يضعفون هذه الرواية عنه .

ويقول مالك والشافعى : وهو رأى عمر بن عبد العزيز والزهرى والوزاعى وغيرهم — يجمع بين العشر والخراج ، أما الخراج فعن رقبتها ،

(١) فتح القدير : ج ٢ ص ١٤ .

(٢) فتح القدير : ج ٤ ص ٣٦٧

وأما العشر فعن غلتها ، ولا يوجد تناف بينهما إذا فرضا ، لأن الخراج والعشر حقان مختلفان وجبا فى محلين بسببين مختلفين . وعلى هــذا يمكن فرضهما . أما كونهما حقين مختلفين فلأن العشر مؤونة فيها معنى العبادة . والخراج مؤونة فيها معنى العقوبة . وأما كونهما محلين مختلفين ، فلأن العشر وجب فى الخارج من الأرض ، والخراج وجب فى الذمة ، لأنه مقدار معين ربط على الأرض ، فصار دينا على زارعها . وأما أنهما بسببين مختلفين فلأن سبب العشر الأرض النامية بالخارج تحقيقاً ، وسبب الخراج الأرض النامية بالخارج تقديراً : أى أنها صالحة الإنبات وإن لم تنبت لإهمال صاحبها . وحينئذ لا يتنافيان . وليس هناك دليل آخر يمنع اجتماعهما ، لأنهم لا يسلمون بأن الإجماع الذى ادعاه خصومهم صحيح ، لأنه على فرض حصوله فهو إجماع سكوتى . وهم لا يقولون بأنه صحيح يثبت به الحــكم الشرعى .

فنحن نرى من هذا الذى ذكرناه أنهم اختلفوا فى الحكم بسبب اختلافهم فى ثبوت الإجماع ، واختلافهم فى اعتبار الإجماع السكوتى .

وأما الناحية الثالثة : وهى — ما إذا اختلفوا بسبب اختلافهم فى إجماعين يدّعى كل فريق أن إجماعه هو الصحيح دون إجماع خصمه — فمثاله حد الشرب . فإن الحنفية يدعون أن الإجماع قد انعقــد فى زمن عمر على أنه ثمانون جلدة . والشافعية يقولون : إن الإجماع إنما انعقد بين الصحابة فى زمن على رضى الله عنه على أنه أربعون . وقد كان كذلك زمن أبى بكر . وأنكروا انعقاده فى زمن عمر على أنه ثمانون . .

نظرة

٧١ — ونحن إذا نظرنا نجــد أن الروايات التى نقلت عن علىّ تدل على أنه كان يجلد أحياناً أربعين وأحياناً ثمانين . وذلك فيما يظهر كان منه على حسب قوة التحمل فى الشخص الذى يقام عليه الحد . وما كان ذلك على أنه إجماع ، بل على أنه سنة ، فإن عثمان رضى الله عنه جيء إليه بشارب خمر ، فطلب من على أن يضربه ، فقال على لعبد الله بن جعفر : إجلده . فلما جلده ووصل إلى الأربعين قال له على : أمسك . جلد رسول

الله أربعين ، وجلد أبو بكر أربعين ، وجلد عثمان ثمانين ، وكلّ سنة ، وهذا أحب إلىّ . وقد سئل البخارى عن هذا الحديث فصححه . وقال فيه ابن عبد البر : إنه أثبت شيء فى هذا الباب[1] . وعلى كل حال فأين الإجماع الذى انعقد هنا على أنه أربعون كما يرى الشافعية ؟ إن قالوا : إن الصحابة قد علموا به ولم يعترضوا عليه فهو إجماع سكوتى . والشافعية لا يقولون به . وإن قالوا : إن الصحابة قد أقروه صراحة فأين الروايات التى تدلنا على ذلك ؟ وغير معقول أن يقولوا : إن المجتهدين من فقهاء الصحابة كانوا حاضرين جميعاً ، مع أننا نعلم أنهم كانوا متفرقين فى الأمصار آنذاك[2] .

المبحث السادس

القيــــاس[3]

تعريفه

٧٢ — القياس فى اصطلاح الأصوليين هو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها فى الحكم الذى ورد به النص لتساوى الواقعتين فى علّة هذا الحكم .

فإذا دل نص على حكم فى واقعة وعرفت علّة هذا الحكم بطريق من الطرق التى تعرف بها علل الأحكام ، ثم وجدت واقعة أخرى تساوى واقعة النص فى تحقق علة الحكم فيها فإنّها تسوّى بواقعة النص فى حكمها بناء على تساويهما فى علته ، لأن الحكم يوجد حيث توجد علّته .

وهذه أمثلة من الأقيسة الشرعية والوضعية توضّح هذا التعريف : —

١ — شرب الخمر واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو التحريم الذى دل عليه قوله سبحانه وتعالى : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس

(١) أنظر نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣١٤ — ٣٢٠ طبعة إدارة الطباعة المنيرية .

(٢) أنظر الأستاذ الشيخ الزفزاف ، المرجع السابق .

(٣) القياس معناه فى اللغة العربية التقدير للشيء بما يماثله ، يقال قاس الثوب بالمتر أى قدر أجزاءه به ، ويطلق القياس على التسوية لأن تقدير الشيء بما يماثله تسوية بينهما ، ومنه فلان لا يقاس بفلان أى لا يسوى به .

وكان للأصوليين طرائق مختلفة فى تقسيم القياس ، وبيان كل قسم منها ، والقسم المتفق عليه من القائلين بالقياس ، هو قياس العلة .

من عمل الشيطان فاجتنبوه » لعلّة هي الإسكار ، فكل نبيذ توجد فيه هذه العلّة يسوى بالخمر في حكمه ويحرم شربه(١) .

٢ — قتل الوارث مورثه واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو منع القاتل من الإرث الذي دل عليه قوله ﷺ : « لا يرث القاتل » لعلّة هي أن قتله فيه استعجال للشيء قبل أوانه فيرد عليه قصده ويعاقب بحرمانه ، وقتل الموصى له للموصي توجد فيه هذه العلة فيقاس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصي من استحقاق الموصى به له .

ففي كلا المثالين سويت واقعة لا نص على حكمها بواقعة نص على حكمها في الحكم المنصوص عليه بناء على تساويهما في علة هـذا الحكم ، وهذه التسوية بين الواقعتين في الحـكم بناء على تساويهما في علته هي القياس في اصطلاح الأصوليين ، وقولهم تسوية واقعة بواقعة وإلحاق واقعـة بواقعة أو تعدية الحكم من واقعة إلى واقعة هي عبارات مترادفة مدلولها واحد .

حجيته

٧٣ — مذهب جمهور العلماء المسـلمين أن القياس حجة شرعية على الأحكام العملية وأنه في المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية ، بحيث إذا لم يوجد

(١) ذهب أحد علماء المسلمين في إحدى محاضراته إلى أن « أبا حنيفة النعمان » أفتى بأن الخمر هو ما استخلص من عصير العنب ، وهو الذي يصدق فيه أن ما أسكر كثيره فقليله حرام ، والويسكي في الاصطلاح الشرعي نبيذ لأنه ليس مستخرجاً من عصير العنب ، فشاربه إذا انتشى لا يرتكب محرماً ، وإنما يرتكب المحرم إذا سكر .

— ونحن لا نقر هذا النظر ، ذلك أن أبا حنيفة مثل إن كان يقبل شراب النبيذ فقال ما معناه إنه لا يرضى ذلك لنفسه ، وبفرض أن أبا حنيفة اعتنق هذا النظر فإن الشيخين لم يقولا به كما لم يقل به أحد آخر . وقد جاء في كتاب « فتاوى شرعية وبحوث إسلامية » لفضيلة الأستاذ الشيخ حسنين محمد مخلوف مفتي الديار المصرية السابق جـ ١ — ٢ فيما يتعلق بالمسكر والخمر :

« عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجة ، وفي رواية مسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » » .

وجاء فيه أيضاً : وعن أبي أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تذهب الليالي والأيام حتى تشرب طائفة من أمتي الخمر ويسمونها بغير إسمها » رواه ابن ماجه .

— أنظر في هذا الموضوع ما سيأتي في المتن عند تكلمنا عن أركان القياس .

في الواقعة حكم بنص أو إجماع وثبت أنها تساوي واقعة نص على حكمها في علة هذا الحكم فإنها تقاس بها ، ويحكم فيها بحكمها ويكون هذا حكمها شرعاً ، ويسع المكلّف اتباعه والعمل به ، وهؤلاء يطلق عليهم مثبتو القياس

ومذهب النظامية والظاهرية وبعض فرق الشـيعة أن القياس ليس حجة شرعية على الأحكام وهؤلاء يطلق عليهم نفاة القياس .

ادلة مثبتي القياس

٧٤ — استدل مثبتو القياس بالقرآن ، وبالسنّة وبأقوال الصـحابة وأفعالهم وبالمعقول :

١ — أما القرآن فأظهر ما استدلوا به من آياته قوله تعالى في سـورة النساء « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول ذلك خير وأحسن تأويلاً » ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه أمر المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا في شيء ليس لله ولا لرسوله ولا لأولي الأمر منهم فيه حكم ، أن يردوه إلى الله والرسول ، ورده وإرجاعه إلى الله وإلى الرسول يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما . ولا شك أن إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص لتساويهما في علّة حكم النص هو رد ما لا نص فيه إلى الله وإلى الرسول ومتابعة لله ولرسوله في حكمه(١) .

(١) كما استدلوا بقوله تعالى في سورة الحشر « هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ما ظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله ، فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا وقذف في قلوبهم الرعب يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المسلمين ، فاعتبروا يا أولي الأبصار » وموضع الاستدلال قوله سبحانه « فاعتبروا » ووجه الاستدلال أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بني النضير الذين كفروا وبين ما حاق بهم من حيث لم يحتسبوا ، قال : فاعتبروا يا أولي الأبصار ، أي فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم .

وهذا يدل على أن سنة الله في كونه أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها ومسببات لأسباب ترتبت عليها ، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت عنها نتائجها وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها ، وما القياس إلا السير على هذا السنن الإلهي وترتيب المسبب على سببه في أي محل وجد فيه ، وهذا هو الذي يدل عليه قوله سبحانه فاعتبروا . وقوله « إن في ذلك لعبرة » وقوله : « لقد كان في قصصهم عبرة » فسواء —

٢ — وأما السنة فأظهر ما استدلوا به منها دليلان : الأول حديث معاذ ابن جبل الذى رواه أحمد وأبو داود أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال له كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ولا آلو ، فضرب رسول الله على صدره وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله . ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله أقرّ معاذاً على أن يجتهد إذا لم يجد نصاً يقضي به فى الكتاب والسنة . والاجتهاد بذل الجهد للوصول إلى الحكم وهو يشمل القياس لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال والرسول لم يقره على نوع من الاستدلال دون نوع .

والثانى ما ثبت فى صحاح السنة من أن رسول الله فى كثير من الوقائع التى عرضت عليه ولم يوح إليه بحكمها استدل على حكمها بطريق القياس ، وفعل الرسول فى هذا الأمر العام تشريع لأمته ولم يقم دليل على اختصاصه به ، فالقياس فيما لا نص فيه من سنن الرسول ولأمته فيه أسوة(١) .

= فسر الاعتبار بالعبور أى المرور أو فسر بالاتعاظ فهو تقرير لسنة من سنن الله فى خلقه وهى أن ما جرى على النظير يجرى على نظيره .

واستدلوا كذلك بقوله تعالى فى سورة يس « قل يحييها الذى أنشأها أول مرة » جواباً لمن قال من يحيى العظام وهى رميم . ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدل بالقياس على ما أنكره منكرو البعث ، فإن الله سبحانه قاس إعادة المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة لإقناع الجاحدين بأن من قدر على بدء خلق الشيء وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده بل هذا أهون عليه فهذا الاستدلال بالقياس إقرار لحجية القياس وصحة الاستدلال به .

وهذه الآيات الدالة على حجية القياس أيدها فى دلالتها أن الله سبحانه فى عدة آيات من آيات الأحكام قرن الحكم بعلته مثل قوله سبحانه فى الحيض « قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » وقوله فى إباحة التيمم « ما يريد الله عليكم من حرج » فإن فى هذا إرشاداً إلى أن الأحكام مبنية على المصالح ومرتبطة بالأسباب وإشارة إلى أن الحكم يوجد مع سببه وما بنى عليه .

(١) ورد أن جارية خثعمية قالت : يا رسول الله : إن أبى أدركته فريضة الحج شيخاً زمناً لا يستطيع أن يحج ، إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم ، قال : فدين الله أحق بالقضاء .

وورد أن عمر سأل الرسول عن قبلة الصائم من غير إنزال ، فقال له الرسول : أرأيت لو تمضمضت من الماء وأنت صائم ، قال عمر : قلت لا بأس بذلك ؛ قال فه . =

٣ — وأما أفعال الصحابة وأقوالهم فهى ناطقة بأن القياس حجة شرعية فقد كانوا يجتهدون فى الوقائع التى لا نص فيها ، ويقيسون ما لا نص فيه على ما فيه نص . ويعتبرون النظير بنظيره ، قاسوا الخلافة على إمامة الصلاة وبايعوا أبا بكر وبيّنوا أساس القياس بقولهم : رضيه رسول الله لديننا ، أفلا نرضاه لدنيانا ؟ وقاسوا خليفة الرسول على الرسول ، وحاربوا مانعى الزكاة الذين منعوها استناداً إلى أنها كان يأخذها الرسول ، لأن صلاته سكن لهم لقوله عز شأنه « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصلّ عليهم إن صلاتك سكن لهم » وقال عمر بن الخطاب فى عهده إلى أبى موسى الأشعرى : ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس فيه قرآن ولا سنة ، ثم قايس بين الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق . وقال على بن أبى طالب : ويعرف الحق بالمقايسة عند ذوى الألباب . ولما روى لابن عباس أن الرسول نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض قال لا أحسب كل شىء إلا مثله . وقد نقل ابن القيم عدة فتاوى لأصحاب رسول الله أفتوا فيها باجتهادهم بطريق القياس(١) ، وما أنكر الرسول فى حياته على من اجتهد من صحابته ، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهاد الرأى وقياس الأشباه بالأشباه ، فإنكار حجية القياس تخطئة لما سار عليه الصحابة فى اجتهادهم وما قرروه بأفعالهم وأقوالهم .

٤ — وأما المعقول فأظهر أدلتهم منه أننا نرى أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة ، وأن مصالح العباد هى الغاية المقصودة من تشريع الأحكام ، فإذا ساوت الواقعة التى لا نص فيها الواقعة المنصوص عليها فى علة الحكم التى هى مظنة المصلحة قضت الحكمة والعدالة أن تساويها فى الحكم تحقيقاً للمصلحة التى هى مقصود الشارع من التشريع ، ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم

= وورد أن رجلا من فزارة أنكر ولده لما جاءت به امرأته أسود فقال له الرسول : هل لك من إبل قال نعم . قال : ما ألوانها ؟ قال حمر ، قال هل فيها من أورق ؟ قال : نعم قال : فمن أين ؟ قال : لعله نزعة عرق ، قال : وهذا لعله نزعة عرق .

— أنظر أمثلة كثيرة لأقيسة الرسول فى الجزء الأول من أعلام الموقعين .

(١) أنظر الجزء الثانى من أعلام الموقعين ص ٢٤٤ وما بعدها .

شرب الخمر لإسكاره محافظة على عقول عباده ، ويبيح نبيذاً آخر فيـه خاصية الخمر وهي الإسكار ، لأن مآل هذا المحافظة على العقول من مسكر وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر .

وكذلك نرى أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية ، ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية ، فلا يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها هي المصدر التشريعي لما لا يتناهى ، فالقياس هو المصدر التشريعي الذى يساير الوقائع المتجددة ، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث ويوفق بين التشريع والمصالح ، وكذلك نرى أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح فإن من نهى عن شراب لأنه سام يقيس بهذا الشراب كل شراب سام، ومن حرم عليه تصرف لأنّ فيه اعتداء وظلما لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره ، ولا يعرف بين الناس اختلاف فى أن ما جرى على المثالين يجرى على الآخر ما دام لا فارق بينهما .

بعض شبه نفاة القياس

٧٥ — من أظهر شبههم قولهم إن القياس مبنى على الظن بأن علة حكم النص هى كذا والمبنى على الظن ظن ، والله سـبحانه نعى على من يتبعون الظن وقال سبحانه « ولا تقف ما ليس لك به علم » فلا يصح الحكم بالقياس لأنه اتباع للظن .

وهذه شبهة واهية لأن المنهى عنه هو اتباع الظن فى العقيدة ، وأما فى الأحكام العملية فأكثر أدلتها ظنية ، ولو اعتبرت هذه الشبهة لا يعمـل بالنصوص الظنية الدلالة لأنه اتباع للظن ، وهذا باطل بالاتفاق لأن أكثر النصوص ظنية الدلالة .

ومن أظهر شبههم قولهم إن القياس مبنى على اختلاف الأنظار فى تعليل الأحكام فهو مثار اختلاف الأحكام وتناقضها والشرع الحكيم لا تناقض بين أحكامه . وهـذه شبهة أوهى من سابقتها لأن الاختلاف بناء على القياس ليس اختلافاً فى العقيدة أو فى أصل من أصول الدين ، وإنما هو اختلاف فى أحكام جزئية عملية لا يؤدى الاختلاف فيها إلى أية مفسدة ، بل ربما كان رحمة بالناس وفيه مصلحتهم . ومن أظهر شبههم عبارات نقلوها عن

بعض الصحابة ذموا فيها الرأى والقول فى الأحكام بالرأى مثل قول عمر : « إياكم وأصحاب الرأى فإنهم أعداء السنن ، أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا » .

وهذه الآثار فوق أنها غير موثوق بها ، ليس المراد منها إنكار القياس أو الاحتجاج به وإنما المراد منها النهى عن اتباع الهوى والرأى الذى ليس له مرجع من النصوص .

أركانه

٧٦ — كل قياس يتكون من أحكام أربعة :

(الأصل) وهو ما ورد بحكمه نص ، ويسمى المقيس عليه ، والمحمول عليه ، والمشبه به .

(والفرع) وهو ما لم يرد بحكمه نص ، ويراد تسويته بالأصل فى حكمه ويسمى : المقيس ، والمحمول ، والمشبه .

(وحكم الأصل) وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص بالأصل ويراد أن يكون حكماً فى الفرع .

(والعلة) وهى الوصف الذى بنى عليه حكم الأصل وبناء على وجوده فى الفرع يسوّى بالأصل فى حكمه .

فشرب الخمر أصل لأنه ورد نص بحكمه وهو قوله تعالى : (فاجتنبوه) الدال على تحريم شربه لعلة هى الإسكار ، ونبيذ التمر فرع لأنه لم يرد نص وقد ساوى الخمر فى أن كلا منهما مسكر فسوّى به فى أن يحرم . والأشياء الستة : الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، أصل لأنه ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة فيها إذا بيع كل واحد منها بجنسه لعلة هى أنها مقدرات مضبوط قدرها بالوزن أو الكيل مع اتحاد الجنس، والذرة والأرز والفول فرع لأنه لم يرد نص بحكمها ، وقد ساوت الأشياء الواردة بالنص فى أنها مقدّرات فسويت بها فى حكمها حين المبادلة بجنسها . أما الركنان الأولان من هذه الأركان الأربعة وهما : الأصل والفرع فهما واقعتان أو محلان أو أمران، أحدهما دلّ على حكمه نص والآخر لم يدل على حكمه نص ويراد معرفة حكمه ، ولا تشترط فيهما شروط سوى أن الأصل ثبت حكمه

بنص والفرع لم يثبت حكمه بنص ولا إجماع ولا فارق يمنع من تساويهما في الحكم .

وأما الركن الثالث : وهو حكم الأصل فتشترط لتعديته إلى الفرع شروط لأنه ليس كلّ حكم شرعي ثبت بالنص في واقعة يصح أن يعدّى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى بل يشترط في الحكم الذي يعدّى إلى الفرع بالقياس شروط :

الأول أن يكون حكماً شرعياً عملياً ثبت بالنص ، فأما الحكم الشرعي الذي ثبت بالإجماع ففي تعديته بواسطة القياس رأيان أحدهما أنه لا يصح تعديته وهذا هو الرأي الراجح في نظرنا ، لأن الإجماع كما هو مقرر لا يلزم فيه أن يذكر مع الحكم المجمع عليه مستنده ومن غير ذلك المستند لا سبيل إلى إدراك علة الحكم فلا يمكن القياس على الحكم المجمع عليه ، وهذا على فرض وجود حكم أجمع عليه بمعنى الإجماع في اصطلاح الأصوليين ، وثانيهما أنه يصح ، وقال الشوكاني هذا أصح القولين . وأما الحكم الشرعي الذي ثبت بالقياس فلا يصح تعديته أصلاً لأن الفرع إن كان يساوي ما ثبت فيه الحكم بالقياس في العلة فهو يساوي واقعة النص في نفس العلة ويكون الحكم المعدّى بالقياس هو حكم النص ، وإن كان لا يساويه في العلة فلا يصح أن يساويه في الحكم ، وعلى هذا لا يصح أن يقال حرم نبيذ التفاح قياساً على نبيذ التمر لأنه إن كان يساويه في الإسكار فهو يساوي الخمر ، ويكون تحريمه بالقياس على الخمر لا على نبيذ التمر ، وإن كان لا يساويه في الإسكار فلا يساويه في التحريم .

الثاني ـ أن حكم الأصل مما للعقل سبيل إلى إدراك علته ، لأنه إذا كان لا سبيل للعقل إلى إدراك علته لا يمكن أن يعدّى بواسطة القياس لأن أساس القياس إدراك علة حكم الأصل ، وإدراك تحققها في الفرع . وتفصيل هذا الشرط أن الأحكام الشرعية العملية جميعها إنما شرعت لمصالح الناس ولعلل بنيت عليها ، وما شرع حكم منها عبثاً لغير علة ، غير أن الأحكام نوعان : أحكام استأثر الله بعلم عللها ولم يمهد السبيل إلى إدراك هذه العلل ليبلو عباده ويختبرهم هل يمتثلون وينفذون ولو لم يدركوا ما بني

عليه الحكم من علة ، وتسمى هذه الأحكام التعبدية أو غير المعقولة المعنى ، ومثالها تحديد أعداد الركعات في الصلوات الخمس وتحديد مقادير الأنصبة في الأموال التي تجب فيها الزكاة ومقادير ما يجب فيها ومقادير الحدود والكفارات وفروض أصحاب الفروض في الإرث ، وأحكام لم يستأثر الله بعلم عللها بل أرشد العقول إلى عللها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للاهتداء بها ، وهذه تسمّى الأحكام المعقولة المعنى ، وهذه هي التي يمكن أن تعدّى من الأصل إلى غيره بواسطة القياس[1] ، سواء أكانت أحكاماً مبتدأة أي ليست استثناء من أحكام كلية كتحريم شرب الخمر الذي عدي بالقياس إلى شرب أي نبيذ مسكر ، وتحريم الربا في القمح والشعير الذي عدّي بالقياس إلى الذرة والأرز ، أو كانت أحكاماً مستثناة من أحكام

---

(١) الناس بطبيعتهم جد مختلفين فيما يتناولون من الأمور وما يسلكون من طرق البحث والاستنباط . ففريق منهم لا يبخس الألفاظ ودلالتها ما لها من حق ، ولكنه يتغلغل في معانيها ويسبر أغوارها ويتحرى مراميها . وفريق آخر لا يضيع عنده حق المعاني ولكنه يرعى ذلك بقدر ويهاب التغلغل في التعليل والقياس ، ويقف عندما تدل عليه الألفاظ . وهكذا كان شأن المجتهدين الفقهاء الذين يرون التعليل والاعتماد على القياس في تناولهم للأحكام الفقهية واجتهادهم في استنباطها ، كلهم يعطي الألفاظ أتم الرعاية وكلهم يقيس الأشياء بنظائرها ، ولكنهم مختلفون في المعنى الذي ذكرت . ففريق منهم يسعى إلى فهم روح التشريع وتذوق معانيه والغوص على علله وحكمه ، وشوطه في هذه الناحية أبعد من شوط الفريق الآخر الذي يحرص على ما ظهر من المعاني ، ولا يريد الابتعاد عنه بالمقدار الذي يبتعد به الفريق الأول الذي من طبيعته أن يحتمل صاحبه ، متى اطمأن إلى غزارة علمه وقوة إدراكه ، على البحث والنظر فيما ورد بالكتاب والسنة من جهة دلالة اللفظ ودلالة المعنى مع الغوص والتعمق ، ثم الإقدام على الفتيا وعدم التهيب . وكان من هذا الفريق أم المؤمنين عائشة وعمر وعلي وابن مسعود وزيد وابن عباس ، كما كان عليه فقهاء المدينة السبعة وبخاصة ابن المسيب الذي كان يسمى سعيداً الجريء ، وأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي والشافعي والمزني وأبو ثور وغيرهم . وكان من الفريق الثاني أبو الدرداء وابن سيرين وأحمد بن حنبل وبعض فقهاء الأمصار . ثم انتهت نزعة التهيب ولم يبق لها أثر ضئيل حتى في طور التقليد . أما أهل الظاهر فإنهم ينكرون ما للمعاني من دلالة ، ولا يقولون بتعليل ولا قياس ، ولا يعتمدون إلا على ظاهر النص ، ويرون أنه لا حاجة إلى القول بالتعليل والقياس ، والنصوص تفي بالأحكام ما دامت هذه الحياة . فما أوجبه الله تعالى من طريق الوحي بدلالة لفظه الظاهرة فهو واجب ، وما نهى عنه من هذا الطريق فهو المحرم ، وما عدا ذلك فمباح ومنه المكروه والمندوب . فلا اجتهاد إلا الوصول إلى حكم الوحي وفي تفهم المراد من لفظه ، وليس هناك اجتهاد آخر لعدم الحاجة إليه .

كلية كالترخيص فى العرايا استثناء من بيع الجنس بجنسه متفاضلاً الذى عدّى بالقياس إلى الترخيص ببيع العنب على الكرم بالزبيب ، وبقاء الصوم مع أكل الصائم ناسياً استثناء من فساد الصوم بوصول غذاء إلى معدة الصائم الذى قيس به بقاء الصوم مع أكل الصائم خطأ أو مكرها ، وبقاء الصلاة مع تكلم المصلى ناسياً . فالشرط لصحة تعدية حكم الأصل أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكماً مبتدأ ليس استثناء من حكم آخر وكونه حكماً استثنائياً من حكم آخر ، وأما إذا كان غير معقول المعنى فلا يصح تعديته سواء أكان حكماً أصلياً أم استثنائياً ، وعلى هذا لا قياس فى العبادات والعقوبات .

الثالث — أن يكون حكم الأصل غير مختص به ، وأما إذا كان حكم الأصل مختصاً به فلا يعدّى بالقياس إلى غيره ، ويكون حكم الأصل مختصاً به فى حالتين ، الأولى : إذا كانت علة الحكم لا يتصور وجودها فى غير الأصل ، كقصر الصلاة للمسافر فهذا حكم معقول المعنى لأن فيه دفع مشقة ، ولكن علته السفر ، والسفر لا يتصور وجوده فى غير المسافر ، والثانية : إذا دل دليل على تخصيص حكم الأصل به ، مثل الأحكام التى دل الدليل على أنها مختصة بالرسول ، كتزوجه بأكثر من أربع زوجات ، وتحريم الزواج بإحدى زوجاته بعد موته ، ومثل الاكتفاء فى القضاء بشهادة خزيمة ابن ثابت وحده بقول الرسول : من شهد له خزيمة فهو حسبه . فإن النصوص التى وردت فى القرآن والسنّة دالة على أنه لا يباح التزوج بأكثر من أربع ، وعلى أن المتوفى عنها زوجها بعد انقضاء عدتها يحل لها أن تتزوج ، وعلى أنه لا بد فى الشهادة من رجلين أو رجل وامرأتين .

وأما الركن الرابع — وهو علّة القياس فهذا هو أهم الأركان لأن علة القياس هى أساسه ، وبحوثها أهم بحوث القياس ، وهى كثيرة تقتصر منها على أربعة : تعريفها ، وشروطها ، وأقسامها ، ومسالكها .

تعريف العلة

٧٧ — العلّة هى وصف فى الأصل بنى عليه حكمه ويعرف به وجوده فى الفرع ، فالإسكار وصف فى الخمر بنى عليه تحريمه ، ويعرف به وجود

التحريم فى كل نبيذ مسكر ، وهذا مُراد الأصوليين بقولهم العلّة هى المعرف للحكم ، وتسمى العلة مناط الحكم ، وسببه ، وأمارته .

ومن المتفق عليه بين جمهور علماء المسلمين أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة عباده ، وأن هذه المصلحة إما جلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم ، وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة من تشريعه ، وهو حكمة الحكم ، فاستحقاق الشفعة للشريك أو الجار حكمته دفع الضرر عنه ، وإيجاب القصاص من القاتل عمداً عدواناً حكمته حفظ حياة الناس .

وكان المتبادر أن يبنى كل حكم على حكمته وأن يرتبط وجوده بوجودها وعدمه بعدمها لأنها هى الباعث على تشريعه ، ولكن رئى بالاستقراء أن الحكمة فى تشريع بعض الأحكام قد تكون أمراً خفياً غير ظاهر أى لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده ، ولا يمكن بناء الحكم عليه ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه . فاستحقاق الشفعة بالشركة أو الجوار حكمته دفع الضرر عن الشريك أو الجار ، وهذه العلة أمر تقديرى غير منضبط ، فاعتبرت الشركة أو الجوار مناط الحكم لأن كلا منهما أمر ظاهر منضبط ، وفى جعله مناطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته ، إذ الشأن أن الضرر ينال الشريك أو الجار فحكمة استحقاق الشفعة دفع الضرر ، وعلّتُه الشركة أو الجوار .

وما دام الحكم الشرعى يبنى على علّته لا على حكمته فعلى المجتهد حين القياس أن يتحقق من تساوى الأصل والفرع فى العلة لا فى الحكمة ، وعلى القاضى أن يقضى بالحكم حيث توجد العلّة بصرف النظر عن الحكمة ، فإذا قضى بالشفعة لغير شريك ولا جار بناء على أنه يناله الضرر من شراء هذا المشترى فهو خاطئ ، وإذا رفض الحكم باستحقاق الشفعة لشريك أو جار بناء على أنه لا ضرر عليه من شراء هذا المشترى فهو خاطئ .

ولكن فى بعض الأحكام رئى أن الحكم قد تخلّف عن علته ، فقد قرر الفقهاء أن بيع المكره باطل ، فالعلّة وهى صيغة العقد وجدت ولم يوجد الحكم وهو نقل الملكية . ونصت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه لا تسمع دعوى النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها

وبين زوجها من حين عقد العقد ، فالزواج وجد ولم يوجد ثبوت النسب .

والقاصر إذا بلغ إحدى وعشرين سنة ودلّت القرائن على أنه غير رشيد لا تنتهى الولاية عليه ، مع وجود علّة انتهائها وهو بلوغه سن الرشد .

والحقيقة أن هذه الأحكام وأمثالها لا منافاة بينها وبين ما تقدم لأننا قدمنا أن العلل الظاهرة المنضبطة إنما تبنى الأحكام عليها على أساس أنها مظان لحكمها، وأن المظنة أقيمت مقام المئنّة ، لكن إذا قام الدليل على نفى أن يكون هذا الظاهر المنضبط ليس مظنة لحكمة الحكم فقد دل على أنه فقد أساس العليّة ولم يبق علّة ، فالإكراه على البيع نفى أن تكون الصّيغة مظنة التراضى الذى هو دليل الحاجة ، فالصيغة من المكره ليست علة : والزوجية التى ثبت فيها أن الزوجين لم يلتقيا من حين العقد لم تبق مظنة لأن الزوجة حملت من زوجها فليست علّة لثبوت النسب ، وبلوغ إحدى وعشرين سنة لم يبق مظنة لحسن التصرف المالى مع دلائل عدم الرشد(١) .

المبحث السابع

الاختلاف المتعلق بالقياس

اختلف الفقهاء فى الأحكام بسبب اختلافهم فى أمور تتعلق بالقياس من ناحيتين :

١ ــ كونه حجة شرعية .

٢ ــ العلّة فى المقيس عليه .

٧٨ ــ أما من الناحية الأولى : فقد قال الشيعة : إن كتاب الله فيه بيان كل شىء وإن السنة تبين ما أجمل منه ، فإن لم يوجد فيها ما يبينه فالإمام المعصوم يبين ذلك ، لأنه معصوم من الخطأ فى زعمهم ، وقد دعاهم هذا الزعم إلى أن يقولوا : إذا خالف المجتهدون الإمام المعصوم كان قوله هو الفصل وما سواه خطأ . أما أهل الظاهر فقد قالوا : إن الله قد أنزل شريعته

(١) أنظر بحث شروط العلة وأقسامها ومسالكها ، الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٧١ – ٨٤ .

كاملة كما أخبر بذلك، فإنه قد أنزل فى حجة الوداع : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » وعلى ذلك لا محل للقياس .

وفضلا عن ذلك فإنهم يرون أن النصوص الشرعية لا تقبل التعليل ، وإذا كانت لا تقبل التعليل فلا قياس ، لأن التعليل هو دعامة القياس .

ومن هنا قالت هاتان الطائفتان : إن القياس ليس حجة شرعية . فما وجد حكمه فى كتاب الله وبينته السنة فهو كما ذكرت . وما لم يوجد له بيان فيهما فالشيعة يقولون : الإمام المعصوم يبيّنه . وأهل الظاهر يقولون : هو مباح بحسب الأصل .

وقد خالف جمهور المسلمين هاتين الطائفتين . فقالوا : إن القياس حجة شرعية .

وقد كان من أثر هذا الاختلاف أن حصل بين هاتين الطائفتين والجمهور اختلاف فى بعض الأحكام ، فالمسألة التى لم يرد فيها نص فى كتاب ولا سنة يعطيها أهل الظاهر الإباحة ، ويعطيها الشيعة الإباحة كذلك إذا لم يرد بيان من إمامهم المعصوم . وذلك بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة ، وهى قاعدة مسلمة عند الجمهور كما هى مسلمة عندهم . أما الجمهور فيعطيها الحكم الذى ثبت للمقيس عليه ، وكون الأصل فى الأشياء الإباحة لا يمنع من ذلك ، لأن العمل بهذا الأصل إنما يكون إذا انتفت الأدلة التى تدل على الحكم ، ومنها القياس .

ومن أمثال ذلك أن الفريق الأول لا يحكم بالربا إلا فيما ورد فيه النص ، وأن الآخرين أعطوا حكم الربا لبعض الأشياء التى لم يرد فيها النص قياسا على ما ورد فيه النص ، وإن اختلفوا فيما بينهم فى هذه الأشياء ، تبعاً لاختلافهم فى استنباط العلة . فقد روى أن الرسول ﷺ قال « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح . مثلا بمثل يداً بيد . فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إن كان يداً بيد » رواه مسلم وأحمد .

فالشيعة والظاهرية قالوا : لا ربا إلا فى هذه الأشياء الستة . فلا ربا فى الذرة ولا فى الأرز، ولا فى المشمش ، ولا فى العنب . . ولا فى غير ذلك من المطعومات وإن كانت مكيلة أو موزونة .

أما الجمهور فإنه يرى أن الربا كما يكون فى الأشياء المذكورة فى الحديث فإنه يكون فى كل ما تحققت فيه العلة التى اقتضت التحريم فيها . ولكنهم مع هذا قد اختلفوا فيما بينهم فى هذه العلة .

فقال الحنفية : العلة هى اتحاد الجنس وكونه مقدراً : أى مكيلا أو موزوناً ومتى وجد الأمران حرم الفضل ، والنساء . وإذا انتفى أحدهما حل الفضل وحرم النساء ، وإذا انتفيا معاً حل الفضل والنساء جميعاً .

وقال الشافعية : العلة فى الذهب والفضة كونهما أثماناً بشرط اتحاد الجنس . أما فى باقى المذكورات فى الحديث فالعلة كونها مطعوماً بشرط اتحاد الجنس . ومتى وجدت العلة ومكملها — وهو الشرط — فى شىء ما ولو كان من غير المذكور فى الحديث حرم التفاضل والنساء . وإذا فقد الشرط وبقيت العلة حل التفاضل وحرم النساء . وإذا فقدت العلة والشرط جميعاً حل التفاضل والنساء . وكذا إذا كان البدلان مختلفين فى العلة كبيع حنطة بذهب أو فضة، فالعلة فى الحنطة كونها مطعومة ، وفى الذهب والفضة هى الثمنية .

وقال المالكية : العلة فى الذهب والفضة اتحاد الجنس وكونهما أثماناً . أما غيرهما مما ذكر فى الحديث فالعلة فيه — على المشهور عندهم — هى اتحاد الجنس مع كونه قوتاً ومدخراً ، فمتى تحققت هذه العلة فيما لم يذكر فى الحديث حرم كل من الفضل والنساء . أما حرمة النساء مع حل التفاضل فالعلة فيها هى كون المتبادل فيه مطعوماً لغير التداوى ، ولا يقتات به ويدخر . فبيع تفاحة بتفاحتين جائز إذا كان يداً بيد ، لأن هذا لا يحصل به الاقتيات ، إذ الاقتيات هو ما يكون به صلاح الجسم إذا اقتصر على تناوله . وهذا ليس كذلك . وإذا لم يكن البدلان مما تقدم حل التفاضل والنساء . كبيع الحديد بالحديد ، والخشب بالخشب والرصاص بالرصاص ، فإنه يجوز مع التفاضل والنساء .

أما الحنابلة : فالعلة عندهم — على المشهور — اتحاد الجنس مع الوزن فى الذهب والفضة . أما فى الأصناف الأخرى التى ذكرت فى الحديث فهى اتحاد الجنس مع الكيل أو الوزن ، فيحرم فى كل ما عدا الذهب والفضة التفاضل والنساء متى اتحد الجنس وكان مكيلا أو موزونا . وإذا اختلف الجنسان يحرم النساء ويحل التفاضل . ويحل التفاضل والنساء إذا اختلف

الجنسان ولم يكونا من المكيل أو الموزون . فهم كالحنفية لم يخصصوا العلة فى الذهب والفضة بالوزن ، لأنه نوع مما يوزن ، وعندهم أن كل ما يوزن أو يكال يكون فيه الربا .

٧٩ — وأما من الناحية الثانية : وهى العلة فى المقيس عليه ، فقد كانت مثار خلاف دعا بدوره إلى الاختلاف فى الأحكام . ويمثل هذا ما يأتى :

روى أن النبى ﷺ تزوج عائشة وهى بنت ست سنين ، وفى رواية أخرى وهى بنت سبع سنين ، وزفت إليه وهى بنت تسع سنين . فهذا الحديث يدل على أن أبا بكر زوج ابنته وهى صغيرة لا رأى لها . ومتى كان كذلك كان مقتضاه أن للأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر دون رأيها .

وقد بحث الفقهاء عن العلة فى جواز هذا الزواج . فرأى الحنفية أن العلة هى الصغر . ورأى الشافعية والحنابلة وجمهور المالكية أنها البكارة .

وبنى الحنفية رأيهم على أن الصغر هو مظنة جهلها بأمور الزواج وما يكون له من عواقب ، فيكون هو العلة . أما البكارة فليست مظنة الجهل بالزواج وعاقبته ، فالبكر البالغة كثيراً ما تعرف ذلك مما تسمعه وتراه فى بيئتها . أما الصغيرة فإنها لا تستطيع أن تعرف ذلك لقصور عقلها ، ولذا نجد الشارع قد ناط الولاية المالية على الصغير بصغره . وعلى هذا لا يصح أن تزوج البالغة ولو كانت بكراً إلا بإذنها ورضاها . وتزوج الصغيرة ولو كانت ثيباً بدون رضاها . ويكون زواج الثيب الصغيرة مقيساً على زواج الصغيرة البكر ، لأن علة الحكم قد تحققت فيها ، وهى الصغر . وقد أيدوا رأيهم هذا بأنه قد ورد كثير من الآثار الصحيحة يدل على وجوب استئذان البكر ومنع تزويجها بغير رضاها . فقد روى عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبى ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها رسول الله ﷺ . وكذا روى أبو هريرة عن الرسول ﷺ : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن . قالوا : يا رسول الله ، وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت » .

وقال الشافعية ومن معهم إن الدليل على أن العلة فى الحكم السابق — وهو ولاية التزويج جبراً — هى البكارة أن البكر تجهل أمر الزواج وعاقبته ، ولا يصح أن يكون لها رأى فيما تجهله، ولأنها أيضاً تستحى عادة أن تصرح برأيها

في مثل ذلك . ومن هنا جعل الشارع أمر زواجها إلى من يعنيه مصلحتها وهو الأب والجد . فالطرفان وإن اتفقا على أن العلة الحقيقية هي الجهل بأمر الزواج وعاقبته فإنهما اختلفا فيما يتحقق به هذا الجهل ، فقال الحنفية : إنه الصغر ، وقال الشافعية : إنه البكارة .

ومن حيث إنه قد ظهر لهم أن العلة في تزويج أبي بكر للسيدة عائشة إنما هو البكارة ، فقد قاسوا عليها في الحكم البكر البالغة فيكون للأب ولاية إجبار البكر البالغة على الزواج ، وليس له إجبار الثيب الصغيرة عليه لعدم تحقق العلة فيها . وأيدوا رأيهم هذا بما رواه ابن عباس — أيضا — قال : قال رسول الله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها » فهذا الحديث يعطي أنه قد فرق في الحكم بين الثيب والبكر ، فجعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، والمقابلة بينها وبين البكر في الحديث تقضي أن يكون الولي أحق بالبكر من نفسها . وقد روى أيضاً أنه ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمر » وهذا يقتضي بمفهومه — والشافعية ممن يقولون بمفهوم المخالفة — أن له مع البكر أمراً ، وكونه ذا أمر معها يقتضي أنه هو الذي يزوجها .

الراجح

٨٠ — والراجح في نظرنا هو مذهب الحنفية ، لأن الأدلة التي استدلوا بها صريحة في أن الرسول قد جعل للجارية البكر كل الحق في الاختيار ، فلو كانت البكارة هي العلة في ولاية الإجبار ما خيّر الرسول هذه الجارية .

أما ما استدل به الشافعية من أنه قابل بين الثيب والبكر ، وجعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، وجعل البكر تستأذن فيكون مقتضى المقابلة أن البكر يكون وليها أحــق بنفسها منها — فهو مردود ، لأن إفراد كل منهما بتعبير في الحديث ، ومقابلته بالآخر لا يستلزم تغاير الحكم بينهما ، وإنما يستلزم أن يكون بينهما اختلاف فيما يتعلق بأمر الزواج ، وهذا الاختلاف آت من ناحية أن سكوت البكر يعتبر إذناً بخلاف الثيب ، فإنه لا بد من إفصاحها .

ومن هنا جاء الحديث بعبارتين متقابلتين : إحداهما خاص بالثيب . وهو وجوب استئذانها ، لأنها أحق بنفسها ، وضرورة تصريحها ، لأنه لما جعل إذن البكر هو صماتها — في العبارة المقابلة للكلام عن الثيب — كان ذلك دليلا

على ضرورة إفصاح الثيب . أما العبارة الثانية — وهي الخاصة بالبكر — فقد جاء فيها الأمر باستئذانها بالجملة الخبرية لفظا الإنشائية معنى « والبكر تستأذن » والأمر يقتضي الوجوب . وقد دل على هذا الوجوب ما كان من تخييره ﷺ للجارية البكر . وقوله: « ولا تنكح البكر حتى تستأذن » وهذا النهي يقتضي تحريم التزويج إلا بإذنها . وقد جعل إذنها أن تسكت ، كما هو صريح من الحديث . ولم يوجد من القرائن ما يصرف النهي عن التحريم ، بل حديث الجارية التي خيرها يؤكد هذا التحريم .

المبحث الثامن

الاستحسان

تعريفه

٨١ — الاستحسان في اللغة عدّ الشيء حسناً ، وفي اصطلاح الأصوليين هو دليل ينقدح في عقل المجتهد يقتضي ترجيح قياس خفي على قياس جليّ ، أو استثناء جزئي من حكم كلي . فإذا عرضت واقعة ولم يرد نص بحكمها وللنظر فيها وجهتان مختلفتان إحداهما ظاهرة تقتضي حكماً والأخرى خفية تقتضي حكماً آخر ، وقام بنفس المجتهد دليل رجّح وجهة النظر الخفية على وجهة النظر الظاهرة ، فهذا يسمى شرعاً الاستحسان . وكذلك إذا كان الحكم كلياً وقام بنفس المجتهد دليل يقتضي استثناء جزئية من هذا الحكم الكلي والحكم عليها بحكم آخر ، فهذا أيضا يسمى شرعاً الاستحسان(١) .

أنواعه

٨٢ — من تعريف الاستحسان شرعاً يتبيّن أنه نوعان : أحدهما ترجيح قياس خفي على قياس جليّ بدليل ، وثانيهما استثناء جزئية من حكم كلي بدليل . ومن أمثلة النوع الأول ما نص عليه فقهاء الحنفية من أنه إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع ، فادّعى البائع أن الثمن مائة جنيه ، وادّعى المشتري أنه تسعون ، يتحالفان استحساناً ، والقياس ألاّ يحلف

(١) وكان الإمام مالك بن أنس يقول « الاستحسان تسعة أعشار العلم » قاصداً بذلك العمل بمقاصد الشرع في تحقيق مصالح الناس فيصيره فريضة . والاستحسان في حقيقته من أنواع القياس .

البائع . وجه القياس أن البائع يدّعى الزيادة ، وهى عشرة ، والمشترى ينكرها ، والبينة على من ادّعى واليمين على من أنكر فلا يمين على البائع . ووجه الاستحسان أن البائع مدع ظاهراً بالنسبة إلى الزيادة ومنكر حق المشترى فى تسلّم المبيع بعد دفع الثمن ، والمشترى منكر ظاهراً الزيادة التى ادعاها البائع وهى العشرة ، ومدع حق تسلّمه المبيع بعد دفع الثمن ، فكلّ واحد منهما مدع من جهة ومنكر من جهة أخرى فيتحالفان .

فالقياس الظاهر إلحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين مدع ومنكر ، فالبينة على من ادّعى واليمين على من أنكر .

والقياس الخفى إلحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين متداعيين كل واحد منهما يعتبر فى آن واحد مدعيا ومنكراً فيتحالفان .

ومن أمثلة النوع الثانى نص الفقهاء على أن الأمين يضمن بموته مجهّلاً ، لأن التجهيل نوع من التعدّى ، واستثنى استحسانا موت الأب أو الجدّ أو الوصىّ مجهّلا . ووجه الاستحسان أن الأب والجد والوصىّ لكل منهم أن ينفق على الصّغير ويصرف ما يحتاج إليه ، فلعلّ ما جهله كان قد صرفه فى وجهه .

ونصوا على أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدى أو التقصير فى الحفظ ، واستثنى استحساناً الأجير المشترك فإنه يضمن إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة . ووجه الاستحسان تأمين المستأجرين .

ونصوا على أن المحجور عليه للسفه لا تصح تبرعاته ، واستثنى استحساناً وقفه على نفسه مدة حياته . ووجه الاستحسان أن وقفه على نفسه فيه تأمين عقاراته من الضياع ، وهذا يتفق والغرض من الحجر عليه .

ونهى الشارع عن بيع المعلوم والتعاقد على المعدوم ، ورخّص استحساناً فى السلم والإجارة والمزارعة والمساقاة والاستصناع ، وهى كلها عقود المعقود عليه فيها معدوم وقت التعاقد . ووجه الاستحسان حاجة الناس وتعارفهم .

حجيته

٨٣ — من تعريف الاستحسان وبيان نوعيه يتبيّن أنه فى الحقيقة ليس مصدراً تشريعياً مستقلا ، لأن أحكام النوع الأول من نوعيه دليلها هو القياس الخفىّ الذى ترجّح على القياس الجلىّ بما اطمأن له قلب المجتهد من المرجّحات ،

وهو وجه الاستحسان . وأحكام النوع الثانى من نوعيه دليلها هو المصلحة التى اقتضت استثناء الجزئية من الحكم الكلّى وهى التى يعبر عنها بوجه الاستحسان ؟

فمن احتجوا بالاستحسان ، وهم أكثر الحنفية ، دليلهم على حجيته أن الاستدلال بالاستحسان إنما هو استدلال بقياس خفى ترجّح على قياس جلىّ ، أو هو ترجيح قياس على قياس يعارضه بدليل يقتضى هذا الترجيح ، أو هو استدلال بالمصلحة المرسلة على استثناء جزئى من حكم كلى ، وكل هذا استدلال صحيح .

شبه من لا يحتجون به

٨٤ — أنكر فريق من المجتهدين الاستحسان واعتبروه استنباطاً للأحكام الشرعية بالهوى والتلذّذ ، وعلى رأس هذا الفريق الإمام الشافعى فقد نقل عنه أنه قال : من استحسن فقد شرع ، أى ابتدأ من عنده شرعاً .

٨٥ — والظاهر أنّ الفريقين المختلفين فى الاستحسان لم يتفقا فى تحديد معناه ، فالمحتجون به يريدون منه معنى غير الذى يريده من لا يحتجون به ، ولو اتفقوا على تحديد معناه ما اختلفوا فى الاحتجاج به لأن الاستحسان هو عند التحقيق عدول عن دليل ظاهر أو عن حكم كلى لدليل اقتضى هذا العدول وليس مجرد تشريع بالهوى[1] . وكل قاضٍ قد ينقدح فى عقله فى

(١) ومن أمثلة التشريع بالهوى ، القول بسقوط الحق بالتقادم ، فإنه قول لا دليل عليه من أى نوع من أنواع الأدلة . وهذا هو الرأى المذموم الذى أفاض العلماء فى رده ، وفرقوا بينه وبين الرأى المحمود . أما الأقوال الضعيفة المنقولة فى المذاهب الفقهية ، فإن كان ضعفها ناشئا مما يدخلها فى الأنواع السابقة ، فهى من الخلاف وليست من قبيل الاختلاف . ومن ذلك القول بأن للمسلم أن يجمع بين تسع زوجات ، بحمل قوله تعالى « مثنى وثلاث ورباع » على معنى اثنين وثلاث وأربع ، فتكون الجملة تسعا ، وهو حمل لا تسيغه لغة ، ولا يقره فهم سليم . ومنه أيضاً القول بحل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول إذا تزوجها آخر بعقد صحيح ولم يدخل بها ثم طلقها ، لأنه رد لحديث العسيلة المعروف . أما إذا كان القول بضعفها ناشئاً عن الموازنة بين دليلها ودليل ما يخالفها من ناحية القوة والضعف ، فإنها تدخل فى دائرة اختلاف الفقهاء ، وما مثلها إلا مثل مذاهب الأئمة المجتهدين ، ومثل الأقوال المختلفة فى المذهب الواحد . والحكم فى كل ذلك مرجعه إلى الرأى العام الفقهى . أما آراء المشتغلين بالفقه المعاصرين التى تخالف المعروف فى الفقه ، أو التى لا رواية فيها ، أو التى ترجح مذهباً على آخر ، فإن الرأى العام الفقهى لم يصدر حكمه فيها . أما تحريرهم المنقول وتحقيقه فالحكم فيه ما يكون عليه .

كثير من الوقائع أن المصلحة تقتضي العدول في هذه الجزئية عما يقضي به ظاهر القانون ، وما هذا إلا نوع من الاستحسان ، ولهذا قال الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات « من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة ، كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك » .

المبحث التاسع

الاختلاف المتعلق بالاستحسان

ذكرنا أن الاستحسان عند الفقهاء ، هو استثناء حكم جزئي من أصل كلي بناء على دليل خاص اقتضى ذلك ، أو ترجيح قياس خفي على قياس جلي في مسألة ، نظراً إلى قوة هذا القياس الخفي . وفي كلتا الحالتين تتحقق الحكمة من الاستحسان وهي رفع الحرج عن الناس . والفقهاء يختلفون في الأخذ بالاستحسان ، ومرد هذا الاختلاف بالنسبة للمعنى الأول هو الاختلاف في تحقق التعارض بين الدليلين . فمن رأى أن بين الدليلين تعارضاً يقول بالاستحسان . ومن رأى عدم التعارض لا يقول به . وينشأ من هذا الاختلاف اختلاف في الأحكام . أما إذا اتفقوا على عدم المعارضة لاستثناء مادل عليه الدليل الخاص فلا يكون هناك مجال للاختلاف في الحكم . وأما الاختلاف بالنظر إلى المعنى الثاني ، وهو ترجيح أحد القياسين ، فأساسه اختلاف نظرهم في القياس الذي يكون راجحاً . وفيما يلي أمثلة تبين ما ذكرنا :

ورد أن النبي ﷺ نهى عن بيع المعدوم ، فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك »(1)

(1) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة . قال الترمذي : حسن صحيح . والمراد بالسلف والبيع الذي ذكر في الحديث عدم حله ، هو : أن يقرض شخص شخصاً آخر مائة ، ويبيعه ما يساوي خمسين بمائة ، وهذه حيلة لأخذ فائدة المائة القرض ، فهي وسيلة إلى الربا فتكون حراماً . والمراد بالشرطين في البيع هو : أن تحصل صفقتان في بيع واحد ، وإطلاق الشرط على الصفقة معروف عند الفقهاء . وذلك كأن يبيع محتاج إلى موسر سلعة بعشرة نقداً ، وفي الوقت نفسه يشتريها نفسها منه بعشرين نسيئة . فهاتان صفقتان =

فالنهي عن بيع ما ليس عنده هو النهي عن بيع المعدوم ، ولكن قد ورد ما يدل على جواز بيع ما ليس عند الإنسان وهو بيع السلم ، فقد روى أنه قال « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » رواه الستة ، وقد اتفق الفقهاء على استثناء بيع السلم من بيع المعدوم المنهي عنه ، للدليل الذي ذكرناه استحساناً . وإنما اتفقوا في هذا لأنهم اتفقوا على أن بين النصين تعارضاً ، فالذي استثنى من الحكم العام جزئية من الجزئيات يخصصه أو ينسخه في هذه الجزئية التي استثناها .

٨٦ — أما ماقد يكون فيه اختلاف في وجهة النظر من حيث التعارض فيؤدي إلى اختلاف في الحكم فيمثله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اشتراء التمر بالرطب . فقال لمن حوله : أينقص الرطب إذا يبس ؟ فقالوا نعم . فنهى عن ذلك . وقد ورد هذا النهي في كثير من الآثار . وورد أنه صلى الله عليه وسلم قد رخص في بيع العرايا . وذلك أن يشتري رجل ثمار نخلات معينة لا تزال رطباً بمقدار من التمر يقدرون تخميناً أنه يساوي رطبها إذا صار تمراً . فقد أجاز جمهور الفقهاء هذا النوع من البيع وخصصوا به الحديث السابق في النهي عن بيع الرطب بالتمر لتعارضهما . ولكن الأحناف قالوا : إنه لا يصار إلى التخصيص أو النسخ إلا عند التعارض ، ولا تعارض هنا لأن المراد بالعرايا التي رخص فيها ما كان يعطيه صاحب البستان من رطب نخله هدية لرجل يأخذه بعد أن يصير تمراً ، ثم يتأذى من دخوله بستانه وفيه أهله وعياله فيعطي هذا الواهب للموهوب له تمراً حالا يعادل تخميناً ما في هذه الرطب . فالمبادلة هنا صورية ، إذ الحقيقة أنها هبة ومنحة ، والحنفية هنا مركزهم ضعيف ، لأنه قد وردت للعرايا صور عديدة صريحة في البيع(1) .

= في بيعة واحدة ، وهما تتضمنان شرطين . شرط البيع بعشرة نقداً ، وشرط الشراء بعشرين نسيئة . والمراد بربح ما لم يضمن هو : أن يبيع الإنسان سلعة قد اشتراها ولكنه لم يقبضها ، فإنها في هذه الحال لست مضمونة على هذا البائع الثاني ، ولكنها لا تزال في ضمان البائع الأول . فلا يجوز البائع الثاني أن يبيعها حتى يقبضها فتصبح في ضمانه هو .

(1) من ذلك أنه كان يقول الرجل لصاحبه يبني تمر هذه النخلات بخرصها تمراً ، =

فالحنفية رجحوا أن تبقى الآثار العامة على عمومها لتواترها معنى ما دام قد أمكن الجمع بين عمومها وبين ما ورد فى الترخيص فى مبادلة العرايا . وغيرهم قد رجح التخصيص . وهذا ضرب من الاستحسان ، لأنه إخراج بعض صور الدليل العام بدليل آخر دل على هذا الإخراج .

٨٧ ــ أما اختلافهم الناشئ من اختلافهم فى ترجيح قياس على آخر فيمثله : إذا وكل شخص آخر بأن يشترى له شاتين معينتين بعشرين جنيهاً على أن تكون قيمتهما سواء ، فاشترى إحداهما بعشرة جنيهات أو أقل نفذ العقد على الموكل . أما إذا اشتراها بأكثر فإنه لا ينفذ على الموكل مهما كانت هذه الزيادة ، وسبب ذلك أنه فى الحالة الأولى لم يتعد حد الوكالة ، لأن الموكل لما وكله بالشراء قابل بين الشاتين والعشرين جنيهاً وجعل قيمتهما سواء ، فتقسم نصفين عليهما دلالة ، فتكون قيمة كل تساوى الأخرى . فهو بهذا يكون قد وكله بأن يشترى كل شاة من الشاتين بعشرة جنيهات ، فيعتبر موافقاً إذا اشترى الوكيل بعشرة أو بأقل ، لأن مخالفة الوكيل إلى الأقل خير للموكل . ولكنه لو اشترى الشاة الثانية بما بقى من العشرين نفذ العقدان عند أبى حنيفة استحساناً ، بشرط أن يكون الشراء للشاة الثانية قد تم قبل أن يتخاصم الموكل والوكيل إلى القاضى بخصوص نفاذ العقد الأول على الموكل : وخالف فى ذلك مالك والشافعى وأحمد فقالوا : إن العقدين لا ينفذان على الموكل ، لأن الوكيل خالف ما وكل فيه فى العقدين .

ووجه الاستحسان عند أبى حنيفة أن الغاية التى يقصد إليها الموكل قد تحققت بإتمام العقدين . والعبارة التى صدرت من الموكل تحتمل نفاذهما لأن غرض الموكل شراء الشاتين بعشرين جنيها ، وعبارته خلت من النص على أن يكون ذلك بعقد واحد ، فهى مطلقة . والوكيل قد قام بتحقيق غرض الموكل ، ولم يخالف تصرفه حدود عبارة الموكل الصريحة . وحينئذ يكون عمله متفقا مع المقصود من التوكيل وعبارته ، فينفذ شراؤه على الموكل .

= فيخرصها : أى يقدر ما فيها بعد جفافها وصيرورته تمراً تخمينا ثم يبيعها له بقدر ما خمن ، ويقبضه منه ويسلم النخلات فينتفع برطبها . ومنها أن يكون لرجل نخلات معدودات فى بستان مثلا ويكون الباقى لآخر ، فيتضرر صاحب الكثير من دخول صاحب القليل فى بستانه ، فيشترى صاحب الكثير من صاحب القليل ثمر هذه النخلات بمقداره تخمينا من التمر . وقد ورد إجازة الرسول لهذا .

أما الأئمة الثلاثة فقد قالوا : إن العقد الأول حينما وقع إنما وقع مخالفاً للوكالة ، لأنه اشترى شاة واحدة بأكثر من عشرة ، وعلى هذا يقع على الوكيل لا على الموكل ، ومتى وقع نافذاً على الوكيل لا ينقلب بعد هذا نافذاً على الموكل . وهذا قياس جلى ، ولكنه يقابله قياس آخر خفى أقوى منه فيرجح عليه ، وهو الاستحسان الذى سار عليه أبو حنيفة ، لأن الأصل العام ألا يخالف الوكيل توكيل الموكل . وقد تبين أنه لا مخالفة(1) . وأمثلة هذا كثيرة فى الفقه فليرجع إليها من أراد الاستزادة(2) .

المبحث العاشر
المصلحة المرسلة

تعريفها :

٨٨ ــ المصلحة المرسلة ، أى المطلقة ، هى فى اصطلاح الأصوليين المصلحة التى لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها ، ولم يدل دليل شرعى على اعتبارها أو إلغائها . وسميت مطلقة لأنها لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء .

وتوضيح هذا التعريف أن تشريع الأحكام ما قصد به إلا تحقيق مصالح الناس ، أى جلب نفع لهم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم ، وأن مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها ، ولا تتناهى أفرادها ، وأنها تتجدد بتجدد أحوال الناس وتتطور باختلاف البيئات .

فالمصالح التى شرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ودل على اعتبارها أسباباً لما شرعه تسمى فى اصطلاح الأصوليين المصالح المعتبرة من الشارع ، مثل حفظ حياة الناس الذى شرع له إيجاب القصاص من القاتل العامد ، وحفظ ما لهم الذى شرع له حد السارق والسارقة ، وحفظ عرضهم الذى شرع له حد القاذف والزانى ، فكل من القتل العمد ، والسرقة ، والقذف ، والزنا ، وصف مناسب ، أى أن فى تشريع الحكم بناء عليه تحقيق مصلحة ، وقد شرع الحكم بناء عليه فهو معتبر من الشارع ، وهذا المناسب المعتبر من

(1) أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٥٢ من التكلة ، الزيلعى ج ٤ ص ٢٦٦ .

(2) أنظر كتاب الإنصاف للطليوسى ، وكتاب أسباب اختلاف الفقهاء للأستاذ الجليل الشيخ على الخفيف ، ومحاضرات الفقه المقارن للأستاذ الشيخ الزفزاف ، المرجع السابق .

الشارع إمّا مناسب مؤثر وإما مناسب ملائم على حسب نوع اعتبار الشارع له ، ولا خلاف فى التشريع بناء عليه .

وأما المصالح التى اقتضتها البيئات بعد انقطاع الوحى ، ولم يشرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ، ولم يقم دليل منه على اعتبارها أو إلغائها ، فهذه تسمى المناسب المرسل ، أو بعبارة أخرى المصلحة المرسلة ، مثل المصلحة التى اقتضت فى زمننا أن عقد البيع الذى لا يسجّل لا ينقل الملكية ، والمصلحة التى اقتضت أن الزواج الذى لا يثبت بوثيقة رسمية لا تسمع الدعوى به عند الإنكار ، فهذه مصالح لم يشرع الشارع أحكاماً لها ، ولم يدل دليل منه على اعتبارها أو إلغائها ، فهى مصالح مرسلة .

أدلة من يحتجون بها

٨٩ — ذهب جمهور علماء المسلمين إلى أن المصلحة المرسلة حجة شرعية يبنى عليها تشريع الأحكام ، وأن الواقعة التى لا حكم فيها بنص أو إجماع أو قياس أو استحسان يشرع فيها الحكم الذى تقتضيه المصلحة المطلقة(١) ، ولا يتوقف تشريع الحكم بناء على هذه المصلحة على وجود شاهد من الشرع باعتبارها .

ودليلهم على هذا أمران : أولها أن مصالح الناس تتجدّد ولا تتناهى ، فلو لم تشرع الأحكام لما يتجدّد من مصالح الناس ولما يقتضيه تطورهم ، واقتصر التشريع على المصالح التى اعتبرها الشارع فقط ، لعطلت كثير من مصالح الناس فى مختلف الأزمنة والأمكنة ، ووقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس ومصالحهم ، وهذا لا يتفق وما قصد إليه الشارع بالتشريع من تحقيق مصالح الناس .

وثانيهما أنّ من استقرأ تشريع الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين يتبيّن أنهم شرعوا أحكاماً كثيرة لتحقيق مطلق المصلحة لا لقيام شاهد باعتبارها . وأبو بكر جمع الصحف المفرّقة التى كانت مدوّناً فيها القرآن ، وحارب ما نعى

(١) وقد عقب نجم الدين الطوفى المصلحة على سائر أدلة الشرع بما فى ذلك النص والإجماع ، ولا يعتبر ذلك افتئاتاً على هذين المصدرين للتشريع الإسلامى فى نظره وإنما تخصيص وبيان لهما — أنظر « المصلحة فى التشريع الإسلامى ونجم الدين الطوفى » لمصطفى زيد ص ١١٦ ، وانظر أيضاً المجلد التاسع من مجلة المنار ص ٧٤٥ تحت عنوان « أدلة الشرع وتقديم المصلحة فى المعاملات على النص » وجاء فيه ما يلى :

١ — إعلم أن أدلة الشرع تسعة عشر باباً ، وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفاها ، فإن وافقاها فبها ونعمت ولا تنازع ، إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم وهى : النص ، والإجماع ، ورعاية المصلحة ، وإن خالفاها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما .

٢ — ومما يدل على تقديم رعاية المصلحة على النصوص والإجماع على الوجه الذى ذكرناه وجوه :

أ — أن منكرى الإجماع كالنظام ، وبعض الشيعة والخوارج والظاهرية ، قالوا برعاية المصلحة ، فهى إذن محل وفاق والإجماع محل خلاف .
والتمسك بما اتفقوا عليه أولى من التمسك بما اختلفوا فيه .

ب — أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهى سبب الخلاف فى الأحكام ، والخلاف فيها مذموم ، ورعاية المصلحة أمر متفق فى نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق ، والاتفاق مطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى .

٣ — فإن قيل : الشرع أعلم بمصالح الناس وقد أودعها أدلة الشرع وجعلها أعلاماً عليها يعرف بها ، فترك أدلته لغيرها مراغمة . قلنا : أما كون الشرع أعلم بمصالح المكلفين فنعم . وأما كون ما ذكرناه من رعاية المصلحة تركاً لأدلة الشرع بغيره فممنوع . إنما نترك أدلته بدليل شرعى راجح عليها .

٤ — إن تعذر الجمع بين الأدلة قدمت المصلحة على غيرها ، لأن المصلحة هى المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام وباقى الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

٥ — لا شك عند كل ذى عقل صحيح أن الله عز وجل راعى مصلحة خلقه عموماً وخصوصاً .

— هذا ويساير نجم الدين الطوفى فى رأيه ، الآمدى الذى يرى الموازنة بين النص والمصلحة فيحكم بها إذا كانت راجحة ومقطوعاً بها ، وإليه ذهب الغزالى من قبله .

— ويقول الأستاذ أحمد أمين فى كتابه « فجر الإسلام » ص ٢٩٢ :

بل يظهر لى أن عمر كان يستعمل الرأى فى أوسع من المعنى الذى ذكرناه وهو استعماله حيث لا نص ولا سنة ، ولكننا نرى عمر سار أبعد من ذلك فكان يجتهد فى تعرف المصلحة التى لأجلها كانت الآية أو الحديث ثم يسترشد بتلك المصلحة فى أحكامه .

— ونحن لا نرى تغليب المصلحة ولو خالفت النص ، وإنما يتعين إعمال النص الذى لا يستطيع أحد ، مهما كان قدره ، أن يخالف عنه . ومهمة التحقق من الحكم الشرعى لما جد من أمور ليست بالمهمة الميسورة ، فلا يزال مجمع البحوث الإسلامية يبحث منذ سنوات فى حل أو حرمة عقد التأمين مثلا ، ولا يزال اقتراح تقييد الطلاق ومنع تعدد الزوجات موضع اختلاف العلماء ، والاجتهاد يجب ألا يكون منافياً لأصول الشريعة ومبادئها ، وقد أجمع المسلمون أنه لا اجتهاد مع النص ، كما أجمعوا على أن القرآن كما تضمن قواعد عامة تضمن كذلك نصوصاً محددة . فنظام المواريث يقوم على نصوص لا صلة لها بظروف الزمان والمكان ، وكذلك سائر الأحكام المقررة على نصوص خاصة بها واضحة فيها . أما قاعدة الشورى أو العدالة أو غيرها من المبادئ ، فإن صور التطبيق يمكن أن تتطور وتتكاثر وفق —

- ماترى الأمم لمصالحها . والخلافة ذاتها لم تكن مبدأ من المبادئ الدستورية العامة، بل صورة من صور أنظمة الحكم فى تنظيم رياسة الدولة (الدكتور عبد الحميد متولى فى كتابه مبادئ نظام الحكم فى الإسلام) ، بل إن تعرض الفقه الإسلامى للمشكلات الدستورية والسياسية كان ضعيفاً على حد ما لا حظ بحق الأستاذ الدكتور السنهورى فى رسالته عن الخلافة التى نال بها الدكتوراه عام ١٩٢٦ ، وإنما كانت عناية الفقه الإسلامى منصرفة أساساً إلى أحكام العبادات والمعاملات المدنية ، وقد بلغ فى ذلك شأواً عظيماً كما أسلفنا .

- ونحن قد لا نجد فى الشريعة الإسلامية أحكاماً مماثلة لتلك التى اقتضاها التطور الاجتماعى والاقتصادى فى بلادنا ، مثل التحول الاشتراكى والتأميم والإصلاح الزراعى وتنظيم المصارف والتأمين ، إذ هى ظواهر لم تكن معروفة حينما ظهر الإسلام ، ولكننا مع ذلك نجد أحكام التحول الاشتراكى متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية . وقد ذهب الأستاذ الشيخ على الخفيف فى مقاله عن « الملكية » المنشور عام ١٩٦٦ إلى أن « لولى الأمر الحق فى أن يأخذ الأموال من أصحابها إذا ما دعت إلى ذلك مصلحة عامة لا سبيل إلى تحقيقها إلا بذلك ، وإنما يأخذها بقيمتها إلا أن تدعو الضرورة إلى فرض ضريبة يأخذها من القادر عليها ، فعند ذلك يأخذها ضريبة من غير عوض » .

كما ذهب إلى أنه ليس ما يمنع من تحديد الملكية تحديداً عاماً أو خاصاً فى نوع من الأنواع كلملكية الأرض مثلا إذا ما اقتضت المصلحة والضرورة ذلك قولا إن تحديدها فى مقدارها كتحديدها فى آثارها بل ربما كان تحديدها فى آثارها أقرب سبيلا لأن تحديد الآثار يستلزم أن تسلب الشرعية أثره فلا يصير سبباً - أنظر مقاله « الملكية الفردية وتحديدها فى الإسلام » من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية جـ ١ ص ٤٣ . وانظر عكس هذا الرأى الأستاذ عبد الله بن كنون فى مقاله « الملكية الفردية فى الإسلام » المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها .

فمبادئ الشريعة الإسلامية واحدة لا تتغير بتغير المذاهب ، وهى أصول عامة صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان . أما الشريعة الإسلامية ذاتها فمعظمها آراء فقهاء ، اجتهدوا فى زمانهم ، وقد لا يصلح اجتهادهم اليوم .

- هذا ويذهب الإمام المراغى فى كتابه « الاجتهاد فى الإسلام » إلى أننا إذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة بمسألة من المسائل من شأنه أن يؤدى إلى الوقوع فى الحرج ، كان واجباً ألا تطبق النصوص الخاصة على تلك المسألة ، وإنما يطبق النص العام الموجب لنفى الحرج « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

- وقد تقدم أننا لا نقر إهدار النص لأنه متى وجد نص فى مسألة معينة تحتم إنزال حكمه عليها ، إلا أن يكون مقصود الأستاذ الإمام من « النص » هو اجتهاد الفقهاء فى هذه المسألة وليس نص القرآن أو السنة ، ذلك الاجتهاد الذى تجمد منذ القرن الرابع الهجرى فى العصر الماضى حتى تصدى له فى زمننا علماء أجلاء فى مقدمتهم الأستاذ الإمام محمد عبده والأستاذ على عبد الرازق ، ثم الإمام محمد مصطفى المراغى والسيد محمد رشيد رضا ، ثم جيل من أساتذة الشريعة منهم الشيخ أحمد إبراهيم والشيخ على الخفيف .

الزكاة ، واستخلف عمر بن الخطاب . وعمر أمضى الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة ، ووضع الخراج ، ودوّن الدواوين ، واتخذ السجون[1] ، ومنع الناس من أكل اللحوم يومين متتاليين من كل أسبوع لقلة فى اللحوم رآها فلم تكن تكفى جميع الناس فى المدينة ، وكان إذا رأى من خرج عن هذا الجمع ضربه بالدرة وقال له : هلا طويت بطنك يومين[2] . كما منع أصحاب الرسول من تزوج الكتابيات مع حلّ ذلك بنص الكتاب وقال إنى لا أحرمه ولكنى أخشى الإعراض عن الزواج بالمسلمات[3] . وعثمان جمع المسلمين على مصحف واحد ونشره وحرق ما عداه ، وورّث زوجة من طلّق زوجته للفرار من إرثها . وعلى حرق الغلاة من الشيعة الروافض . والحنفية حجروا على المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس . والمالكية أباحوا حبس المتهم وتعزيره توصّلا إلى إقراره[4] . والشافعية أوجبوا القصاص من الجماعة إذا قتلوا الواحد . وجميع هذه المصالح هى مصالح مرسلة وقد شرعوا بناء عليها لأنها مصلحة ولأنها لا دليل من الشارع على إلغائها ، وما وقفوا عن التشريع لمصلحة حتى يشهد شاهد شرعىّ باعتبارها[5] .

---

(١) وكان الأقارب والجيران يسمح لهم فى عهد على بن أبى طالب بقضاء بعض الوقت مع المحبوس فى سجنه ، ويسمح له كذلك أن يختلى بزوجته ، كما كان يسمح له بالخروج بكفيل لجنازة أصوله وفروعه ، وإذا مرض مرضاً أضناه خرج بكفيل كذلك (أنظر ابن عابدين جـ ٤ هامش ص ٣٢٦) . وكان للنساء سجن مستقل منعاً من الفتنة .

- وهذه المبادئ تتفق فى أساليب العقاب مع مذهب المدرسة الوضعية سواء فيما يتعلق بتفريد العقوبة من حيث مراعاة ظروف المجرم الخاصة ، أو من حيث الغاية النفعية للعقوبة ، وليس أدل على ذلك من أن أول سجن فى الإسلام كان فى المسجد ، وهو مكان العبادة ، وتسمية على بن أبى طالب السجن بالنافع وا نيس ينهض دلالة على الغرض منه ، وهو المنفعة والإصلاح .

(٢) أنظر ترجمة عمر لأبى الفرج الجوزى .

(٣) أنظر القرطبى ص ٣ .

(٤) ونحن لا نقر هذا النظر لأن الإقرار حينئذ يكون مشوباً بعيب الإكراه - أنظر ما سيجئ بند ١٢٢ هامش (٢) .

(٥) ولهذا قال القرافى « إن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار » وقال ابن عقيل « السياسة كل فعل تكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد من الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى ، من قال لا سياسة إلا بما نطق به الشرع فقد غلط وغلط الصحابة فى شريعتهم » .

شروط الاحتجاج بها

٩٠ — من يحتجون بالمصلحة المرسلة احتاطوا للاحتجاج بها حتى لا تكون باباً للتشريع بالهوى والتشهّى ، ولهذا اشترطوا فى المصلحة المرسلة التى يبنى عليها التشريع شروطاً ثلاثة :

أولها : أن تكون مصلحة حقيقية وليست مصلحة وهمية ، والمراد بهذا أن يتحقق من أن تشريع الحكم فى الواقعة يجلب نفعاً أو ضرراً ، وأما مجرد توهم أن التشريع يجلب نفعاً من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر فهذا بناء على مصلحة وهمية [1] .

وثانيها : أن تكون مصلحة عامة وليست مصلحة شخصية ، والمراد بهذا أن يتحقق من أن تشريع الحكم فى الواقعة يجلب نفعاً لأكبر عدد من الناس ، أو يدفع ضرراً عنهم ، وليس لمصلحة فرد أو أفراد قلائل منهم .

وثالثها : ألاّ يعارض التشريع لهذه المصلحة تشريعاً ثبت بالنص أو الإجماع . فلا يصح اعتبار المصلحة التى تقتضى مساواة الابن والبنت فى الإرث ، لأن هذه مصلحة ملغاة لمعارضتها تشريع القرآن .

ومن هذا يتبين أن المصلحة ، وبعبارة أخرى الوصف المناسب ، إذا دلّ شاهد شرعى على اعتباره بنوع من أنواع الاعتبار ، فهو المناسب المعتبر من الشارع ، وهو إمّا المناسب المؤثر أو المناسب الملائم . وإذا دلّ شاهد شرعى على إلغاء اعتباره فهو المناسب الملغىّ ، وإذا لم يدل شاهد شرعى على اعتباره ولا على إلغائه فهو المناسب المرسل وبعبارة أخرى المصلحة المرسلة .

أظهر شبه من لا يحتجون بها

٩١ — ذهب بعض علماء المسلمين إلى أن المصلحة المرسلة التى لم يشهد شاهد شرعى باعتبارها لا يبنى عليها تشريع ، ودليلهم أمران :

الأول : أن الشريعة راعت كل مصالح الناس بنصوصها وبما أرشدت إليه من القياس ، والشارع لم يترك الناس سُدى ولم يهمل أية مصلحة من غير إرشاد إلى التشريع لها ، فلا مصلحة إلاّ ولها شاهد من الشارع باعتبارها ،

(١) ويضرب الأستاذ عبد الوهاب خلاف مثالا لذلك ، المصلحة التى تتوهم فى سلب الزوج حق تطليق زوجته وجعل حق التطليق للقاضى — أنظر المرجع السابق ص ٩٢ .

والمصلحة التى لا شاهد من الشارع باعتبارها ليست فى الحقيقة مصلحة ، وما هى إلاّ مصلحة وهمية لا يصح بناء التشريع عليها .

والثانى : أن التشريع بناء على مطلق المصلحة فيه فتح باب لأهواء ذوى الأهواء من الولاة والأمراء ورجال الإفتاء ، فبعض هؤلاء قد يغلب عليهم الهوى والغرض فيتخيلون المفاسد مصالح ، والمصالح أمور تقديرية تختلف باختلاف الآراء والبيئات ، ففتح باب التشريع بناء على مطلق المصلحة فتح الشر واتباع الأهواء وكثرة الاختلاف .

بيد أن الراجح رأى من يحتجون بالمصلحة المرسلة ، لأنه إذا لم تراع المصلحة المرسلة فى التشريع جمد التشريع الإسلامى ووقف عن مسايرة الأزمان والبيئات ، والقول بأن جميع جزئيات مصالح الناس فى أى زمن وفى أية بيئة قد راعاها الشارع بنصوصه أو بما ألحقه بالنصوص ، وأنه لا توجد مصلحة لم يدل الشارع على اعتبارها ، قول يعارضه الحسّ والمشاهد [1] . والخوف من اتباع الهوى وإلباس المفاسد ثوب المصالح يتلافى بما شُرط فى المصلحة المرسلة من الشروط ، فليس الخطر فى مراعاة المصلحة المرسلة ، وإنما الخطر فى عدم الاحتياط فى مراعاة شروطها ، ولهذا قال ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية « من المسلمين من فرّطوا

(١) لا شك أن اقتطاع جزء من رأس المال يتجاوز الدخل السنوى الناتج منه ، قيد ثقيل على حق الملكية الفردية ، ولكنه بالرغم من ذلك حق ثابت لولى الأمر إذا قضت به مصلحة المجتمع ، وقد أشار إليه وأيده كثيرون من أعلام الفقه الإسلامى . قال القرطبى « واتفق العلماء أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة يجب صرف المال إليها . قال مالك رحمه الله : يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم . وهذا إجماع أيضاً » — أنظر جامع أحكام القرآن ص ٢٢٣ .

وقال الغزالى « إذا خلت الأيدى (أيدى الجنود) من الأموال ، ولم يكن من مال المصالح (أى خزينة الدولة) ما يفى بخراجات العسكر (أى نفقات الجيش) ، وخيف من ذلك دخول العدو بلاد الإسلام ، أو ثوران الفتنة من قبل أهل الشر (أى حدوث الفتن الداخلية) جاز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، لأنا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، وما يؤديه كل واحد منهم (الأغنياء) قليل بالإضافة إلى ما يخاطر به من نفسه وماله لو خلت شوكة الإسلام (أى البلاد) من ذى شوكة (أى الجيش) يحفظ نظام الأمور ويقطع مادة الشرور ... » — أنظر المستصفى ج ١ ص ٣٠٣ — ٣٠٤ .

وقال الشاطبى « إنا إذا قررنا إماماً مطاعاً ، مفتقراً إلى تكثير الجنود لسد حاجة الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار ، وخلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجند فى الحال : =

٩٣ ـ وواضح مما تقدم أن النوع الأول والثانى ليس مجالا للاختلاف أما مجال الاختلاف فهو النوع الثالث . فمن الفقهاء من قال بعدم اعتبار مصلحة لم يشهد لها أصل معين بالاعتبار . وعلى ذلك لا يعد مثل هذا أصلا تشرع الأحكام للمحافظة عليه . ومنهم من رأى اعتبار هذا النوع ، وقالوا بجواز جعلها أصلا مستقلا تبنى عليه الأحكام ، ومعنى بناء الأحكام عليها هو اعتبارها مقصداً تشرع أحكام تقوم بتحقيقها والمحافظة عليها . وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق : فريق لا يشترط شيئاً معها ، ويروى هذا عن الإمام مالك(١) . وفريق يشترط قربها من الأصول العامة : بأن تكون ملائمة للمصالح التى شهدت أصول الشرع ومبادئه باعتبارها ، ويحكى هذا عن الشافعى . وفريق ثالث يشدد أكثر من ذلك ، ومنهم الغزالى ، فإنه يشترط أن تكون ضرورية قطعية كلية .

وبناء على اختلافهم فى اعتبار هذا النوع من المصالح أصلا للتشريع اختلفوا فى الأحكام التى تبنى على النظر إلى هذه المصالح . وهذه هى التى سمى بالمصالح المرسلة .

وفيما يلى مثال على ذلك :

اختلف الفقهاء فى تعزير المتهم بالضرب أو السجن ليحملوه على الإقرار ، فرأى مالك أنه يجوز سجنه ، ورأى بعض أصحابه أنه يجوز ضربه ضرباً غير مبرح . واعتمدوا فى هذا على أنه إذا لم يفعل ذلك يتعذر استرجاع أموال الناس من السارقين والغاصبين ، وأن ذلك كثيراً ما أدى إلى استرجاع هذه الأموال ، فدعت المصلحة إلى تعذيبهم لكى يعترفوا نظراً إلى عدم وجود بينة فى مثل هذه الحال ، ولا من يدلنا على مكان الأموال المسروقة أو المغتصبة .

وخالف كثير من الفقهاء هذا الرأى اعتماداً على أن هذا تعذيب لمن هو برىء ولم يثبت عليه ما يستوجب عقابه بعد ، فضلا عن أن هذا التعذيب ليس بمقطوع أنه يوصل إلى ما يرجى منه من نتيجة .

(١) أنظر إرشاد الفحول للشوكانى ص ٢٢٥ طبعة الخانجى .

المبحث الثانى عشر
العـرف

تعريفه

٩٤ ـ العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من فعل أو قول أو ترك . والعرف الفعلى كتعارف الناس البيع بالتعاطى من غير صيغة لفظية ، والعرف القولى كتعارفهم ألا يطلقوا لفظ اللحم على السمك ، أو لفظ الولد على الأنثى ، وتعارف الخبازين الآن على إطلاق لفظ « الألف » على كل ٢٥ رغيفاً .

والعرف يتكون من تعارف الناس مطلقاً علمائهم وعوامهم ، بخلاف الإجماع فإنه لا يتكون إلا من مجتهدى الأمة .

أنواعه

العرف نوعان : عرف صحيح وهو ما لا يعارض دليلا شرعياً ولا يخالف أصلا من أصول الإسلام ، ولا يبطل واجباً ولا يحل محرماً ، كتعارف الناس تعجيل مقدار من المهر وتأجيل مقدار منه ، وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءاً من مهرها ، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب لخطوبته من حلى وثياب وحلوى يعتبر هدية لا من المهر .

وعرف فاسد وهو ما يعارض دليلاً شرعياً ويبطل الواجب أو يحل المحرم ، كتعارف الناس التعامل بالربا أو المقامرة أو تبرج النساء وغير ذلك من المنكرات التى اعتادها الناس(١) .

حكمه

العرف الصحيح تجب شرعاً مراعاته فى التشريع وفى القضاء ، فعلى المجتهد أن يراعيه فى استنباطه ، وعلى القاضى أن يراعيه فى قضائه ، لأن الله سبحانه راعى فى تشريع الأحكام ما كان صحيحاً من عرف العرب ، ففرض الدية على العاقلة(٢) ، وشرط الكفاءة فى الزواج ، واعتبر مبدأ العصبية فى الإرث والولاية

(١) ومن حيث الخصوص والعموم : يتنوع العرف إلى عام وخاص ، فالعام هو الذى اعتاده الناس فى الأقاليم والأمصار ، كاستصناع الصناع لعمل ما يريده الناس منهم ، وهذا النوع يسمى استحسان العرف . وأما الخاص فهو الذى يتعارف عليه فى بلد دون بلد ، أو إقليم دون إقليم ، أو طائفة من الناس دون طائفة .

هذا والعرف والعادة لفظان مترادفان فى إصطلاح الأصوليين .

(٢) الغالب أن الإنسان لا يحترز فى أفعاله إذا كان قوياً ، وتلك القوة تحصل بأنصاره غالباً وهم قد أخطئوا بتقصيرهم له وقصروا عن حقه فكانوا أولى بالضم إليه فى دفع الدية ـ أنظر الزيلعى جـ ٦ ص ١٧٧ .

وغير ذلك . ولأن قوله ﷺ « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » يدلّ من بعض الوجوه على اعتبار العرف ، لأن المقصود من التشريع تدبير شؤون الناس بما يكفل مصلحتهم والعدل بينهم . وفى هذا العرف قال العلماء « العادة شريعة محكمة » .

والإمام مالك بن أنس بنى كثيراً من أحكامه على عرف أهل المدينة ، ومن مقولاته : تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا . والإمام أبو حنيفة وأصحابه اختلفوا فى عدة أحكام بناء على اختلاف العرف ، والإمام الشافعى لمّا هبط مصر غيّر كثيراً من أحكامه حين رأى عرف أهل مصر يغاير عرف أهل العراق والحجاز ، وفى أحكام المجتهدين كثير من المبادىء والجزئيات المبنيّة على العرف : فإذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف ، والدعوى لا تسمع إذا كان العرف يكذّبها ، والمعتبر فى عبارات الواقفين والمتعاقدين عرفهم فى استعمال الألفاظ لا العرف اللغوى[1] . ومن العبارات الذائعة : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص[2] .

وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته لأن فى مراعاته معارضة دليل شرعى أو إبطال حكم شرعى ، فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة كعقد ربوى أو عقد فيه غرر وخطر فلا يكون لهذا العرف أثر فى إباحة هذا العقد[3] وإنما ينظر فى مثل هذا العقد من جهة أخرى وهى ما إذا كان هذا العقد يعدّ من ضرورات الناس أو حاجياتهم بحيث إذا أبطل يختل نظام حياتهم أو ينالهم حرج أو ضيق أولا ، فإن كان من ضرورياتهم أو حاجياتهم يباح لأن الضرورات تبيح المحظورات والحاجات تنزل منزلتها فى هذا ، وإن لم يكن من ضرورياتهم ولا من حاجياتهم يحكم ببطلانه ولا عبرة لجريان العرف به .

والأحكام المبنية على العرف تتغيّر بتغيّره زماناً ومكاناً لأن الفرع يتغيّر

(١) وإذا لم يتفق الزوجان على مقدار ما يعجل ومقدار ما يؤجل يقضى بما جرى عليه العرف ، ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث بناء على العرف ، والمنقول يصح وقفه إذا جرى به العرف . والشرط فى العقد يكون صحيحاً إذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف .

(٢) أنظر رسالة ابن عابدين « نشر العرف فيما بنى من الأحكام على العرف » .

(٣) ولهذا لا يعتبر فى القوانين الوضعية عرف يخالف الدستور أو النظام العام .

يتغيّر أصله ، ولهذا يقول الزيلعى فى مثل هذا الاختلاف إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان :

٩٧ — والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً ، وهو فى الغالب مراعاة المصلحة المرسلة[1] . فالعرف لا يقوم اعتباره أمارةً على حكم الشارع

(١) بل إننا نرى أن العرف والعادة كليهما قاعدتان فقهيتان ، شأنهما فى ذلك ، على ما نرى أيضاً ، شأن المصلحة المرسلة والاستصحاب والبراءة الأصلية وسد الذرائع ، فكلها ليست دليلا يستند إليه فى استنباط حكم شرعى .

أما شرائع من قبلنا ، فهى إن كانت شريعة لنا فهى من الكتاب والسنة .

وثمة طائفة أخرى من القواعد الشرعية المجمع عليها ، والمستقاة من هدى القرآن والسنة ، يمكن الاهتداء بها فى تحديد رسالة ولى الأمر ، منها : لا ضرر ولا ضرار . ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . الضرورات تبيح المحظورات . يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . يتحمل الضرر الأدنى لدفع الأعلى . المشقة تجلب التيسير . التصرف على الرعية منوط بالمصلحة . لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان . الأمور بمصادرها . الغرم بالغنم . الضرورة تقدر بقدرها .

— وفى قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان يقول ابن عابدين « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا ، للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد . ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه » — أنظر مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٥ .

— هذا وتتفرع بعض هذه القواعد إلى قواعد فرعية ، فمثلا قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وهى نص حديث نبوى حسن (رواه مالك فى الموطأ ، وأخرجه ابن ماجة والدارقطنى فى سننهما) تتفرع إلى قاعدة : الضرر يدفع بقدر الإمكان . وهى تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل بما يدخل فى نطاق المصالح المرسلة والسياسة الشرعية ، لأن الوقاية خير من العلاج . وبناء على ذلك شرع الجهاد لدفع شر الأعداء ، ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه ، إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر والحيلولة دونه . وإلى قاعدة : الضرر يزال . وهى تعبر عن وجوب دفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع، فإذا تعدى إنسان على الطريق وشغله بأى شىء فإنه يزال . وإلى قاعدة : الضرر لا يزال بمثله . وهذه القاعدة تضع قيداً يقيد سابقتها ، فإن إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله ، لأن هذا ليس إزالة ، ولا بضرر أعم منه بحكم الأولوية . وعلى هذا ، إن لم يجد الإنسان المحتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً إلا مال محتاج مثله لا يجوز له أخذه . ولا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله . وإلى قاعدة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . وهذه القاعدة تصريح بعدم المخالفة المستفاد من سابقتها ، فتفرض النفقة للفقراء —

— على الأغنياء من الأقارب لأن ضرر الأغنياء بفرضها أخف من ضرر الفقراء بعدمه . وإلى قاعدة : يختار أهون الشرين . وقاعدة : إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما . وقاعدة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . فيحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتى الماجن ، والمكارى المفلس وإن تضرروا بذلك دفعاً لضررهم عن الجماعة فى أرواحها ودينها وأموالها . ويبيع القاضى على المحتكرين أموالهم المحتكرة ، وإن أضرهم ذلك ، دفعاً لضرر الاحتكار عن العامة . ويجوز التسعير ، أى تحديد الأسعار على الباعة عند تجاوزهم وغلوهم فيها . وقاعدة : درء المفاسد أولى من جلب المصالح . لأن للمفاسد سرياناً وتوسعاً كالوباء والحريق ، فمن الحزم القضاء عليها فى مهدها ، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها . ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأموريات ، وقد روى عن النبى عليه السلام أنه قال « وما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم » — رواه الإمام النووى فى الأربعين . وعلى هذا يجب شرعاً منع كل جار من أن يتصرف فى ملكه تصرفاً يضر بجيرانه كاتخاذ فرن يؤذيهم بالرائحة أو الدخان ، ومنع الاحتكار والمبالغة فى الأسعار كما سبق بيانه . وقاعدة : إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع . فإذا كان الشىء أو العمل محاذير تستلزم منعه ، ودواع تقتضى تسويغه يرجح منعه ، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح على ما أنف ذكره . وقاعدة : القديم يترك على قدمه . والقديم فى هذا المقام هو ما لا يوجد وقت التنازع فيه من أدرك مبدأه . والمراد بهذه القاعدة أن ما كان فى أيدى الناس وتصرفاتهم من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة فى أصلها ، يبقى كما هو ، ويعتبر قدمه دليلاً على أنه حق موضوع بطريق مشروع . وقاعدة : الضرر لا يكون قديماً . أى لا يحتج بتقادمه . وهذه القاعدة قيد لسابقتها . أى أن المنافع والمرافق التى يحترم قدمها هى التى لا تكون ضرراً ممنوعاً شرعاً ، فإذا كانت كذلك فإنها تزال دون التفات لقدمها .

وقاعدة « المشقة تجلب التيسير » تفرعت إلى قاعدة : إذا ضاق الأمر اتسع ، وإذا اتسع ضاق . أى إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة ، أو طرأ ظرف استثنائى أصبح معه الحكم الأصلى المشروع للحالات العادية محرجاً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم فى ضيق من التطبيق ، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل ، ما دامت تلك الضرورة قائمة ؛ فإذا انفرجت وزالت عاد الحكم إلى أصله ، وهذا معنى أنه إذا اتسع ضاق . وقاعدة : الضرورات تبيح المحظورات . ولا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور ، بل يكفى أن يكون الامتناع مفيضاً إلى وهن لا يحتمل ، أو آفة صحية . والميزان فى ذلك أن يكون ما يترتب على الامتناع أعظم محظوراً من إتيان المحظور : فصيانة النفس عن الهلاك أعظم وأوجب من صيانة مال الغير أو من أكل الخنزير أو الميتة . وقاعدة : الضرورات تقدر بقدرها . وهذه قيد لسابقتها . فلا يباح بالضرورة محظور أعظم محظوراً من الصبر عليها ، كما أن الاضطرار يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع من الصبر عليها ، ولا يجوز الاسترسال، ومتى زال الخطر عاد الحظر . وقاعدة : الاضطرار لا يبطل حق الغير . وإنما يعد الاضطرار معذرة تسقط الإثم وتمنع من عقوبة التجاوز على حق الغير ، ولا ضرورة لإبطال الحق . —

إلا بما يكون فيه من مصلحة تحمل الناس على اعتياده والأخذ به ، وتكون هذه المصلحة التى دعتهم إلى الأخذ به معتبرة فى نظر الشرع ، ولا تكون كذلك إلا إذا كانت لا تصادم نصاً، ولا حكماً ثابتاً من أحكام الشريعة التى لا تتبدل . والعرف كما يراعي فى تشريع الأحكام يراعي فى تفسير النصوص ، فيخصص به العام ويقيد به المطلق . وقد يترك القياس بالعرف ولهذا صح عقد الاستصناع لجريان العرف به وإن كان قياساً لا يصح لأنه عقد على معدوم .

المبحث الثالث عشر

الاختلاف المتعلق بالعرف

٩٨ — قدمنا أن العرف لا يقوم اعتباره أمارة على حكم الشارع إلا بما يكون فيه من مصلحة معتبرة دعت الناس إلى الأخذ به . وهذا يجعلنا نفهم أن بناء الأحكام على العرف إنما هو فى الحقيقة بناء لها على هذه المصلحة ، فالذين اختلفوا فى بناء الأحكام على المصلحة يختلفون فى بنائها على العرف ، والذين قالوا بجواز بنائها على العرف لم تتفق كلمتهم على العرف الذى يأخذون به . فمنهم من قال : المعتبر هو العرف العام ، ومنهم من قال : يعتبر العرف مطلقاً خاصاً كان أو عاماً . والجمهور على أن المعتبر هو العرف العام ، إذ هو الذى يترك به القياس استحساناً فى الأمور التى لم يرد فيها نص يخصص القياس نحو تضمين الصناع ، والاستصناع نفسه ، والكفاءة فى الزوج ؛ وملكية أثاث المنزل ؛ هل هو للزوجة أو للزوج ؟

— فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره ، فإن عليه ضمان قيمته . أما من أكره بلجيء على إتلاف مال الغير فإن ضمان قيمة المال على من باشر الإكراه ، لأنه أولى بتحمل التبعة من الفاعل . وقاعدة : الحاجة تنزل منزل الضرورة ، عامة كانت أو خاصة . والحاجة هى ما يترتب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة . والمراد بكونها عامة أنه يكون الاحتياج إليها شاملا جميع الأمة ، وبكونها خاصة أن يكون الاحتياج لطائفة منهم كأهل بلد أو حرفة ، وليس المراد بخصوصها أن تكون فردية . ومعنى القاعدة أن التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على حالات الضرورة الملجئة ، بل حاجات الجماعة مما دون الضرورة توجب التسهيلات الاستثنائية أيضاً . ومثالها الترخيص فى السلم مع أنه بيع المعدوم المنهى عنه شرعاً ، وما هذا إلا نظر لحاجة كثير من الناس إلى بيع منتجاتهم واستلاف أثمانها قبل إنتاجها للاستعانة على الإنتاج .

واعتبار العرف عاماً كان أو خاصاً ، وتحكيمه فى الأحكام ، إنما هو استجابة لداعى الحاجة .

وبعض العلماء يرى اعتبار العرف مطلقاً : خاصاً كان أو عاماً ؛ لأنهم يرون أن المقصود إنما هو تحقق المصلحة التي دل عليها العرف ؛ فإذا تحققت المصلحة بعرف ما نيط الحكم بها ، دون نظر إلى خصوصه أو عمومه .

وإذ كان من طبيعة العرف أن يتغير بحسب الزمان والمكان كما قدمنا ، فإن الأحكام المبنية عليه تتغير تبعاً لتغيّر الأعراف بحسب زمانها ومكانها ، ومن هنا فقد تغير بعض آراء الإمام الشافعي فصار له مذهب قديم ومذهب جديد بسبب تغيّر البيئة والمكان الذي عاش فيه بتنقله من العراق إلى مصر. وكذلك تغيرت بعض آراء أبي حنيفة لتغيّر العرف بحسب الزمان أو المكان ، فقد كان يرى أن من حلف لا يأكل رأساً يحنث بأكل رأس الإبل والبقر والغنم ، ثم عدل عنه وخصّه بمن يأكل رأس البقر أو الغنم تبعاً لتغير العرف بين البصرة والكوفة ، ومحمد وأبو يوسف قصروها على رأس الغنم ؛ لتغير زمانهما ومكانهما عنه .

ومما يشهد لتغيّر الحكم بتغيّر الزمن ما رُوى عن السيدة عائشة « لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن من المساجد كما منع نساء بني إسرائيل [1] » وذلك لأن النساء كن يحضرن إلى المساجد للصلاة مع الرسول والأخذ من تعاليم الإسلام والطهر والإيمان يملأ قلوبهن ، والتستّر والاحتشام يغشى أجسامهن .

المبحث الرابع عشر

الاستصحاب والاختلاف المتعلّق به

تعريف الاستصحاب

٩٩ — الاستصحاب في اللغة اعتبار المصاحبة ، وفي اصطلاح الأصوليين هو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغيّر تلك الحال أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم دليل على تغيّره ؛ فنتيجته : إبقاء ما كان على ما كان عليه ، ومن ثم فهو لا ينشىء حكماً جديداً .

حجيته

١٠٠ — الاستصحاب آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له ،

(١) رواه البخاري وغيره .

ولهذا قال الأصوليون إنه آخر مدار الفتوى . فإذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف ولم يجد نصاً في القرآن أو السنة ، ولا دليلاً شرعياً يدل على حكمه ، حكم بإباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن هذه الإباحة هي الأصل في الأشياء ، وهي الحال التي خلق الله عليها ما في الأرض جميعه ، فما لم يقم دليل على تغيرها فالشيء على إباحته الأصلية [1] .

وقد درج على هذا القضاء ، فالملك الثابت لأي إنسان بسبب من أسباب الملك يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله ، والحل الثابت للزوجين بعقد الزواج يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله ، والذمة المشغولة بدين أو بأي التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت ما يخليها منه [2] ، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت ما يشغلها ، فالأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره .

أوجه الاختلاف فيه

١٠١ — قد بيّنا أن نتيجة الاستصحاب هو : إبقاء ما كان على ما كان عليه . وقد نشأ عن هذا اختلاف بين الفقهاء ، وبخاصة بين الشافعية والحنفية ، فقال الشافعية إنه يصلح للدفع والإثبات ، وقال الحنفية إنه يصلح للدفع دون الإثبات . وقد ترتب على هذا الاختلاف اختلاف في بعض الأحكام :

فإذا فقد شخص ولا يدرى أحد مكانه ، ولا يعرف أحيّ هو أم ميت ، فإنه يعتبر حياً ، استصحاباً لحاله قبل فقده . فإذا ما أراد ورثته تقسيم تركته ، أو أريد إنهاء زواجه لا يجاب هذا الطلب ، لأنه لا يعتبر ميتاً ، بل يعتبر حياً استصحاباً لحاله قبل فقده .

ولكنه مع ذلك يرى الحنفية أنه لا يصح أن يرث هو ممن توفي وكان من حقه أن يرثه لو كان غير مفقود ، لأن ذلك إثبات حق جديد ، واستصحاب الحال يصلح للدفع دون الإثبات ، إذ أنه يبقى ما كان على ما كان ، والذي كان

(١) وإنما كان الأصل في الأشياء الإباحة لأن الله سبحانه قال في كتابه الكريم « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً » وصرح في عدة آيات بأنه سخر للناس ما في السموات وما في الأرض ، ولا يكون ما في الأرض مخلوقاً للناس ومسخراً لهم إلا إذا كان مباحاً لهم لأنه لو كان محظوراً عليهم ما كان لهم .

(٢) وعلى الاستصحاب بنيت المادة ١٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : تكفى الشهادة بالدين وإن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين .

له هو حوزته لملكه ، وإبقاء الزوجية ، أما إرثه ممن توفى حال فقده فهو إثبات لشيء جديد لم يكن ثابتاً له .

أما الشافعية ومعهم بعض الفقهاء فقد قالوا : إنه يرث ممن مات بعد فقده وكان من حقه أن يرثه لو لم يفقد ما دام لم يحكم بوفاته هو ، لأن المفقود ما دام يعتبر حياً فإنه يأخذ حكم الأحياء استصحاباً لحاله ، لأن الاستصحاب حجة لتقرير الحكم الثابت حتى يقوم الدليل على تغيّره ، والحكم الثابت للمفقود هو الحياة فيأخذ كل الأحكام التى تتعلق بالحياة ، وذلك لا ينافى إبقاء ما كان على ما كان ، بل هو مقتضاه .

ونحن نميل إلى رأى الشافعية ، لأن معنى استصحاب حال المفقود هو العمل بمقتضى أنه حى ، ومما تقتضيه حياته ، إلى أن يحكم القاضى بوفاته ، أن يرث . أما ما ذهب إليه الحنفية من أن الميراث إثبات لشيء جديد لم يقم عليه دليل ، فإنه يقوم على حجة داحضة ، لأننا لم نثبت له الميراث لأنه ميراث ينبنى على حكم جديد بوجوده حياً ، بل لأنه ينبنى على الحكم بوجوده الذى كان ثابتاً له قبل فقده ، فهو لا يزال من باب إبقاء ما كان على ما كان ، لأننا هنا نبقى ما كان له من حياة على ما كان عليه قبل فقده ، وهو الحياة نفسها ، ثم نفرّع على ذلك توريثه . ويمكن أن يحفظ ولى الأمر بما ورثه إلى أن يعود فيأخذه ، أو يحكم بوفاته فيرد إلى باقى الورثة . وهذا عين ما احتاط به الحنفية فى تقسيم تركة المفقود إذا حكم القاضى بوفاته بناء على قرائن غير قطعية .

الفصل الرابع

أفعال العباد قبل بعثة الرسل

اختلفت المذاهب فيما إذا كان للأفعال جهات حسن يدركها العقل ، وإذا أدركها فهل لا بد أن يطابقها حكم الشرع ، وإذا طابقها فهل يطبق فيما يتعلق بالعقائد والأعمال ؟ وقد ترتب على هذا الخلاف اختلاف المذاهب فيمن لم تبلغه دعوة الرسول ولم يؤمن من نفسه بالله حتى مات ، هل هو محاسب على هذا أو لا ؟

مذهب المعتزلة(١) فى الأفعال

١٠٢ — ذهب المعتزلة إلى أن الحسن والقبح (أى المأمور به والمنهى عنه) يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده ، وأنه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح لذاته أو لصفته

(١) نشأ المعتزلة فى العصر الأموى ، وأبرز ما يروى عنهم وما شغلوا به الفكر الإسلامى كان فى العصر العباسى ، فإليهم يعزى تأييد القول بخلق القرآن .

وأكثر المؤرخين للفكر الإسلامى على أن رأس المعتزلة هو « واصل بن عطاء » وأنه كان ممن يحضرون مجلس « الحسن البصرى » للمذاكرة العلم فثارت مسألة الحكم على من يرتكب « الكبيرة » أمؤمن هو أم كافر . قال واصل بخلاف رأى الحسن « ليس بمؤمن مطلقاً ، بل هو فى منزلة بين المنزلتين » يعنى بين الإيمان والكفر . . ثم اعتزل مجلس الحسن ، واتخذ له حلقة أخرى فى المسجد . ولم يستطع المعتزلة على طول ما شغلوا المسلمين وأضجروهم بالكلام أن ينسوا لهم هذه « المنزلة بين المنزلتين » أو أن يقربوها من أذهانهم ، وساروا على ترفعهم واعتزالهم الجماعة ، وجعلوا الإيمان برأيهم فيها أصلا من أصول مذهبهم الخمسة ، أى مع التوحيد ، والعدل ، والوعد ، والوعيد ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

ولكن بعض العلماء لهم فى تسميتهم بالمعتزلة قول آخر ، فقد ذكر المقريزى فى خططه أنه كان منتشراً فى عصر ظهور المعتزلة طائفة من اليهود اسمهم « الفروشيم » ومعناه « المعتزلة » ، وأن هذه الطائفة تشبه فى بعض أقوالها أقوال المعتزلة ، فلا يبعد أن يكون بعض من أسلموا من اليهود قد أطلقوا هذا الإسم عليهم لوجوه الشبه .

ولقد كان حقاً أن من أوجه الشبه بين الطائفتين أن معتزلة اليهود كانوا يفسرون التوراة على مقتضى منطق الفلاسفة ، وكان المعتزلون كذلك يتناولون كل ما فى القرآن من أوصاف على مقتضى منطق الفلاسفة .

أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم فى ذلك . وقالت الأشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بأفعال المكلّفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب إيمان .
ومحل النزاع بينهم (الأشعرية والمعتزلة) هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والذم والعقاب آجلاً أو عاجلاً ، فعند الأشعرية ومن وافقهم أن ذلك لا يثبت إلا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم أن ذلك ليس إلا لكون الفعل واقعاً على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله الذم(١) . فالعقل عند المعتزلة حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وعلى العباد . أما على الله فلأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والقبح ضرورة . وأما على العباد فلأن العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ، ويبيحها ويحرمها ، من غير أن يحكم الله له فيها بشيء من ذلك . وعند الأشعرية الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، وهو متعال عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق أفعال العباد ، جاعل بعضها حسناً وبعضها قبيحاً ، له فى كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، وإحاطة بظواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضر ، ومن حسن أو قبح(٢) .

وأساس مذهب الأشاعرة(٣) أن الحسن من أفعال المكلّفين هو ما دلّ الشارع على أنه حسن بطلبه فعله ، والقبيح من أفعال المكلّفين هو ما دلّ الشارع على أنه قبيح بطلب تركه ، وليس الحسن ما رآه العقل حسناً ، ولا القبيح ما رآه العقل قبيحاً ، فمقياس الحسن والقبح فى هذا المذهب هو الشرع لا العقل ، وهذا يتفق وما ذهب إليه بعض علماء الأخلاق من أن مقياس الخير والشر هو القانون ، فما أوجبه القانون أو أباحه فهو خير ، وما حظره فهو شر .

وعلى هذا المذهب ، مذهب الأشاعرة ، لا يكون الإنسان مكلّفاً من الله بفعل شيء أو ترك شيء إلا إذا بلغته دعوة الرسول وما شرعه الله ، ولا يثاب أحد على فعل شيء ولا يعاقب على ترك أو فعل إلا إذا علم من

(١) إرشاد الفحول للشوكانى ص ٧ .
(٢) التوضيح على التنقيح .
(٣) الأشاعرة هم أتباع أبى الحسن الأشعرى .

طريق رسل الله ما يجب عليه فعله وما يجب عليه تركه . فمن عاش فى عزلة تامة بحيث لم تبلغه دعوة رسول ولا شرعه فهو غير مكلّف من الله بشيء ولا يستحق ثواباً ولا عقاباً . وأهل الفترة ، وهم من عاشوا بعد موت رسول وقبل مبعث رسول ، غير مكلّفين بشيء ولا يستحقون ثواباً ولا عقاباً ، ويؤيد هذا المذهب قوله سبحانه « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً » .

أما على مذهب المعتزلة ، فمن لم تبلغهم دعوة الرسل ولا شرائعهم منهم مكلّفون من الله بفعل ما يهديهم عقلهم إلى أنه حسن ويثابون من الله على فعله ، وبترك ما يهديهم عقلهم إلى أنه قبيح ويعاقبون من الله على فعله ، فمن لم يؤمن من نفسه قبل أن تبلغه دعوة الرسول حتى مات فإنه يحاسب . وما استوى فعله فى النفع والضرر مما حسّنه العقل هو المباح ، وما ترجّح فعله على تركه فإن ألحق الذم بتركه كان واجباً ، وإلا فهو مندوب . وما قبحه العقل وألحق الذم بفعله كان حراماً ، وإلا فمكروه ، وما لم يقض العقل فيه بحسن ولا قبح فقد اختلفوا فيه ، فمنهم من حظره ومنهم من أباحه ومنهم من وقف عن الأمرين(١) . وأصحاب هذا المذهب يؤيدونه بأنه لا يستطيع عاقل أن ينكر أن كل فعل فيه خواص وله آثار تجعله حسناً أو قبيحاً . ومن الذى لا يدرك بعقله أن الشكر على النعمة والصدق والوفاء والأمانة كل منها حسن ، وأن ضد كل منها قبيح : ولا يستطيع عاقل أن ينكر أن الله ما شرع أحكامه فى أفعال المكلّفين إلا بناء على ما فيها من نفع أو ضرر ، ويقولون إن من بلغتهم شرائع الله مكلّفون من الله بما تقضى به هذه الشرائع ، ومن لم تبلغهم شرائع الله مكلّفون من الله بما تهديهم إليه عقولهم ، فعليهم أن يفعلوا ما تستحسنه عقولهم وأن يتركوا ما تستقبحه عقولهم .

وهذا المذهب يتفق وما ذهب إليه أكثر علماء الأخلاق من أن مقياس الخير والشر هو ما فى الفعل من نفع أو ضرر لأكبر مجموعة من الناس يصل إليها أثر الفعل .

مذهب الماتريدية(٢)

١٠٣ — هذا المذهب وسط ، وحاصله أن أفعال المكلّفين فيها خواص

(١) الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٣٠ .
(٢) هم أتباع أبى منصور الماتريدى . وهم من الأحناف ، وكان أبو منصور هذا

ولها آثار تقتضي حسنها أو قبحها ، وأن العقل بناء على هذه الخواص والآثار يستطيع الحكم بأن هذا الفعل حسن وهذا الفعل قبيح ، وما رآه العقل السليم حسناً فهو حسن ، وما رآه العقل السليم قبيحاً فهو قبيح . ولكن لا يلزم أن تكون أحكام الله فى أفعال المكلّفين على وفق ما تدركه عقولنا فيها من حسن أو قبح ، لأن العقول مهما نضجت قد تخطىء ، ولأن بعض الأفعال مما تشتبه فيه العقول ، فلا تلازم بين أحكام الله وما تدركه العقول ، وعلى هذا لا سبيل إلى معرفة حكم الله إلا بواسطة رسله . فهؤلاء وافقوا المعتزلة فى أن حسن الأفعال وقبحها مما تدركه العقول بناءً على ما تدركه من نفعها أو ضررها ، وخالفوهم فى أن حكم الله لا بد أن يكون على وفق حكم العقل ، وفى أن ما أدرك العقل حسنه فهو مطلوب لله فعله ، وما أدرك العقل قبحه فهو مطلوب لله تركه . ووافقوا الأشاعرة فى أنه لا يعرف حكم الله إلاّ بواسطة رسله وكتبه وخالفوهم فى أن الحسن والقبح للأفعال شرعيان لا عقليان ، وفى أن الفعل لا يكون حسناً إلا بطلب الله فعله ، ولا يكون قبيحاً إلا بطلب الله تركه ، لأن هذا ظاهر البطلان ، فإن أمهات الفضائل يدرك العقل حسنها لما فيها من نفع ، وأمهات الرذائل يدرك العقل قبحها لما فيها من ضرر ولو لم يرد بهذا شرع .

خلاصة

١٠٤ — واضح مما قدمناه أن المعتزلة تذهب إلى أن العقل هو الحاكم بالحسن والقبح ، ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، فهى تقول إذن بقانون العقل ، أى بالقانون الطبيعى ، وهو حاكم على الله وعلى العباد ، فالله واجبٌ عليه الأصلح للعباد ، والعباد يلجأون إلى العقل فى معرفة القانون : وهذا صريح فى أن هناك قانوناً طبيعياً يستقل العقل البشرى بكشفه ،

على المذهب الحنفى . وأظهر الآراء بين الفقهاء آراء أهل السنة ، وهى مذاهب من عدا الخوارج والشيعة — أشعرية وماتريدية — والمعتزلة والقدرية والمشبهة . والخوارج ، وكانوا يسمون أيضاً بالحرورية ، وكانوا هم يسمون أنفسهم الشراة ، فهم طوائف متعددة ولا يعرف لهم مذاهب فقهية سوى مذهب الأباضية الذى بقى حتى اليوم . ومذاهب شيعة على رضى الله عنه ، وهم بدورهم طوائف كثيرة أشهرها الزيدية ، والإمامية وهم فرق أشهرها الشيعة الإمامية الاثنا عشرية (الجعفرية) والإسماعيلية أو الباطنية ومنهم العبيديون أو الفاطميون الذين ظهروا بالمغرب ثم استولوا على مصر وما جاورها . والمذاهب الثلاثة لا تزال قائمة ، وإن كان الغموض حليف فقه الإسماعيلية منذ ظهورها حتى اليوم .

ولا حاجة بنا إلى مشرع ، حتى لو كان هـذا المشرع هو الله . وهكذا فإن القانون الطبيعى الذى بدأ فلسفة عند اليونان ، وأحلّه الرومان فى قانونهم[١] مستلهمين أحكامه من عقولهم ، ثم ورثته المسيحية ورجال الكنيسة فى العصور الوسطى فجعلوه القانون الإلهى ، وإن كان يتوصل إليـه من طريق الوحى لا من العقل ، عرفه الإسلام ، وزاد أحد المذاهب الإسلامية[٢] أن ميّز بين القانون الطبيعى والدين ، وجعل العقل ، لا الوحى ، هو الكاشف لهذا القانون[٣] .

وبينما يذهب متأخرو الماتريدية إلى أنه لا ارتباط بين حكم العقل فى التحسين والتقبيح وحكم الشرع فيهما مطلقاً ، يستوى فى ذلك مسائل الأصول — العقائد — ومسائل الفروع ، ويوافقون فى ذلك الأشاعرة فى أن حكم الله فى جميع صوره غير مترتب على حكم العقل ، يرى متقدمو الماتريدية أن الإيمان وكل ما يتعلق بالعقائد يتطابق فيه حكم الشرع مع العقل لا محالة ، ويثاب المرء على فعل الحسن منه وترك القبيح ، ولو لم يكن هناك رسول ولا كتاب . ويرى بعض الأصوليين[٤] أن هذا أقرب المذاهب إلى الصواب ، وينبنى عليه أن أهل الفترة محاسبون على ضلالهم فى العقائد ، وغير محاسبين على أحكام[٥] المسائل

(١) قانون الشعوب .

(٢) المعتزلة على ما سلف إيضاحه .

(٣) أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، أصول القانون ص ٤٣ .

(٤) الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ١٠٦ — وهو يرى أن مذهب الماتريدية وسط معتدل وهو الراجح فى رأيه .

(٥) ينقسم الحكم التكليفى إلى خمسة أقسام : الإيجاب ، والندب ، والتحريم ، والكراهة ، والإباحة .

وينقسم الحكم الوضعى إلى خمسة أقسام كذلك : إما أن يقتضى جعل شىء سبباً لشىء ، أو شرطاً ، أو مانعاً ، أو مسوغاً لرخصة بدل العزيمة ، أو صحيحاً أو غير صحيح .

والمقصد العام للشارع من تشريعه الأحكام هو تحقيق مصالح الناس بحفظ ضرورياتهم ، وتوفير حاجياتهم ، وتحسينياتهم .

ولا يراعى تحسينى إذا كان فى مراعاته إخلال بحاجى ، ولا يراعى حاجى ولا تحسينى إذا كان فى مراعاته إخلال بضرورى .

وقد كفل الإسلام حفظ الضروريات كلها بأن أباح المحظورات للضرورات .

وفى العبادات شرع الرخص تخفيفاً عن المكلفين إذا كان فى العزيمة مشقة عليهم ، فأباح الفطر فى رمضان لمن كان مريضاً أو على سفر .

الفرعية ، ونقلوا عن أبي حنيفة أنه قال « لا عذر لأحد فى الجهل بخالقه لما يرى من خلق السماوات والأرض » وأنه « لو لم يبعث الله رسولاً لوجب على الخلق معرفته بعقولهم » .

هذا والنصوص تؤيد هذا المذاهب الأخير ، فمن الكتاب قول الله تعالى « إن الله لا يأمر بالفحشاء » ، ويصف الله سبحانه رسوله بقوله « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث» فهذه الآيات وأمثالها تدل على أن الله تعالى إنما يكلّف عباده بكل ما يجلب الخير ويرفع الضر ، فإذا أحل فإنما يحل ما هو طيب ، وإذا حرم فإنما يحرم ما هو خبيث . وهذه الأوصاف التى تثبت للأفعال المأمور بها والمنهى عنها ثابتة فى الأفعال قبل ورود الشرع ، وهذا دليل على أن الأفعال فيها صفات ذاتية قبل بعثة الرسول ويدركها العقل دون واسطة[1] . والذى يدل على وجوب الإيمان وحرمة الكفر ولو قبل إرسال الرسل ، الأخبار التى جاءت بها السنة دالّة على تعذيب أهل الفترة كحديث « امرؤ القيس قائد الشعراء إلى النار » . وهذا دليل أيضاً على أن من لم يهتد بعقله إلى الإيمان وإن لم يرد شرع فهو معذب ، ولا عذاب إلا بناء على تكليف ، ولم يكن التكليف لهؤلاء بكتاب أو رسول وإنما مصدر التكليف بالنسبة لهم فى هذا هو العقل بإدراكه حكم الإيمان وعدمه وإلا لكانت بعثة الرسل سبب العذاب بالنسبة لمن كفر بالله ، وقد كان آمناً قبلها وهـذا باطل لقوله تعالى : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

ونحن نرى أن الأدلة الشرعية والعقلية تدعو إلى القول بأنه لا تكليف

— وفى المعاملات شرع كثيراً من أنواع العقود والتصرفات التى تقتضيها حاجات الناس ، ورخص فى عقود لا تنطبق على القياس ، وشرع الطلاق للخلاص من الزوجية عند الحاجة ، وجعل الحاجات مثل الضرورات فى إباحة المحظورات .

وفى العقوبات درأ الحدود بالشبهات ، وجعل لولى المقتول حق العفو عن القصاص من القاتل .

وفى الأمور التحسينية فى العبادات ، شرع الطهارة البدن والثوب المكان ، وفى المعاملات حرم الغش والتدليس والتغرير والإسراف كما حرم التعامل فى نجس وضار ، وفى العقوبات حرم فى الجهاد قتل الرهبان والصبيان والنساء .

(١) مباحث الحكم عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مدكور ، طبعة ثانية ص ٧٤ وما بعدها .

قبل الشرع[1] ، ولا حكم قبل إرسال الرسل إلا بالنسبة إلى من بلغته دعوة الرسل السابقين وما جاءوا به من تشريع وإصـلاح . فتكون أفعال العباد الاختيارية قبل بعثة الرسل بالنسبة إلى من لم توجه إليهم الدعوة غير محكوم عليها من الشارع فلا تتصف بوجوب ولا حظر ولا بالإباحة التى هى تخيير الشارع بين الفعل والترك ، وإنما تتصف بالإباحة العقلية التى يطلق عليها الأصوليون اسم الإباحة الأصلية أو البراءة الأصلية[2] .

(١) وهو ما عليه جمهور أهل السنة .

(٢) الحكم التخييرى للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٤٧ .

الفصل الخامس

أفعال المكلفين بعد بعثة الرسل

١٠٥ — أوضحنا فيما تقدم الحكم على أفعال العباد قبل بعثة الرسل ، أما أفعال المكلفين بعد بعثة الرسل فهي خاضعة لأحكام الشرائع عليها وفق الأدلة التي تبين وصفها من وجوب أو ندب أو تحريم أو كراهة أو إباحة ، وعلماء الكلام والأصوليون متفقون في أن مصدر الأحكام جميعها هو الله ، سواء في ذلك الأحكام التكليفية أو الوضعية ، يستوي في ذلك الأحكام التي ورد بها نص في الكتاب والسنة ، والتي لم يرد فيها نص وأجمع عليها فقهاء المسلمين في عصر من العصور واهتدى إليها المجتهدون بواسطة ما وضعه الشارع من دلائل وأمارات توصل إلى التعرف على أحكام الشرع ، ولذا اشتهر عن الأصوليين قولهم إنه « لا حكم إلا لله » انبعاثاً من قوله تعالى « إن الحكم إلا لله » ، فالحاكم عند علماء المسلمين كافة هو الشرع دون العقل ، ولا حكم إلا ما حكم به الله تعالى[1] . فمن بلغتهم شرائع الرسل فقياس الحسن والقبح للأفعال بالنسبة لهم ما ورد في شريعتهم لا ما تدركه عقولهم .

ما يعنينا في هذا المجال إنما هو الجهل بالحكم الشرعي أياً كان ، واجباً أو محظوراً أو مباحاً ، مما يترتب عليه عدم امتثال المكلف للحكم فعلا أو كفاً ، على أن المقصود بالجهل هنا هو عدم العلم بالحكم الشرعي ، ويقسم الأصوليون الجهل قسمين :

جهل بسيط : وهو عدم العلم بالشيء سواء كان مع عدم الشعور به أو مع الشعور به ، ويدخل في الأول خلو الذهن وفي الثاني الشك والوهم .

وجهل مركب : وهو الحكم غير المطابق للواقع مع اعتقاد مطابقته كاعتقاد الكفار ما يدينون به[2] .

(١) الغزالي في المستصفى ج ١ ص ٨٣ .

(٢) التقرير والتحبير ج ١ ص ٤٢ ، ج ٣ ص ٣١٢ ، وتيسير التحرير ج ١ ص ٢٦ .

وعدم معرفة الحكم قد تكون لعدم الدليل الدال عليه ، وهذا وصف للمجتهد الذي يبحث عن الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين ، وبعبارة أخرى فإنه وصف لمن هو بصدد تعرف الحكم الشرعي لفعل المكلف ، والجهل بهذا المعنى ليس موضوع هذا البحث ، وينحصر الكلام هنا فيما دلّ الدليل الشرعي على حكمه ووجب على كل مكلف أن يعرفه ، ولكن مكلفاً من المكلفين جهل حكم الشارع فيه فلم يمتثل فعلا أو كفا ، فهل عدم امتثاله قبل التعرف على حكمه على الوجه الصحيح يكون عذراً في عدم الامتثال سواء اعتقد أن عمله صواب على خلاف الواقع أو لم يعتقد ذلك ؟

المراد بعلم المكلف

١٠٦ — تبادر إلى القول بأن المراد بعلم المكلف بما كلف به إمكان علمه به لا علمه به فعلا ، فمتى بلغ الإنسان عاقلا قادراً على أن يعرف الأحكام الشرعية بنفسه أو بسؤال أهل الذكر عنها اعتبر عالماً بما كلف به ونفذت عليه الأحكام وألزم بآثارها ولا يقبل منه الاعتذار بجهلها ، ولهذا قال الفقهاء لا يقبل في دار الإسلام عذر الجهل بالحكم الشرعي ، لأنه لو شرط لصحة التكليف علم المكلف فعلا بما كلف به ما استقام التكليف واتسع المجال للاعتذار بجهل الأحكام . وعلى هذا التقنين الوضعي فالناس يعتبرون عالمين بالقانون بتيسير إمكان علمهم به وذلك بنشره بالطريق القانوني بعد إصداره ، ولا اعتبار بأن كل فرد من المكلفين علم به فعلا أو لا ، وكذلك المراد بعلم المكلف بأن تكليفه بما كلف به صادر ممن يجب عليه امتثال أحكامه ، إمكان علمه بهذا لا علمه به فعلا . فكل حكم شرعي يمكن المكلف أن يعرف دليله ، وأن يعرف أن دليله حجة شرعية على المكلفين اتباع ما يستمد منه ، سواء أمكنه هذا بنفسه أو بواسطة سؤال أهل الذكر عنه[1] . هذه هي القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها . وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش في بادية لا يختلط بمسلمين أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقيماً بين المسلمين ، فإن هذا ليس استثناء في الواقع وإنما هو تطبيق القاعدة الأصلية التي تمنع مؤاخذة من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ولا يعتبرون عالمين بأحكام الشريعة . أما

(١) علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٤٢ .

إذا كان الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل .

الجهل بمعنى النص الحقيقى

١٠٧ — ويلحق الجهل بمعنى النصوص الحقيقى بالجهل بذات النصوص؛ فحكمها واحد ، فلو ادعى الجانى أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم فإن جهله بالمعنى الحقيقى للنصوص لا يرفع عنه المسئولية الجنائية(١) . وهذا هو الخطأ فى التفسير كما نسميه فى لغة القانون.ومن الأمثلة المشهورة فى الشريعة على الخطأ فى التفسير ما ذكرنا من أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقوله تعالى « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا » فأقيم عليهم حد الخمر .

المسلمون خارج دار الاسلام

١٠٨ — نبادر هنا إلى القول بأن المسلم تطبق عليه الشريعة الإسلامية فى دار الإسلام وفى غير دار الإسلام ، وغير المسلم لا تطبق عليه الشريعة الإسلامية إلا إذا كان مقيما فى دار الإسلام(٢) .

فإذا أسلم شخص فى غير دار الإسلام وترك بها صلوات جاهلا لزومها فى الإسلام ، فلا قضاء عليه بعد ذلك لأنه غير مقصر فى طلب الدليل ، وإنما جاء الجهل من قبل خفاء الدليل فى نفسه لعدم اشتهاره فى الدار التى يقيم فيها لانقطاع ولاية التبليغ عنه فانتفى سماع الخطاب فى حقه حقيقة وتقديراً . وكل خطاب ترك ولم ينتشر فجهله عذر لانتفاء التقصير عن جاهله ، بخلاف الخطاب بعد الانتشار فإن جهله ليس بعذر لما فيه من التقصير فى التعرف على الحكم . وظاهر هذا الإطلاق يتناول ما إذا كان الانتشار فى بلد المكلف أو فى غيرها ، ويؤكد هذا النظر عموم قاعدة « لا عذر بالجهل فى دار الإسلام » ، على أن الذى يقتضيه التحقيق العلمى هو أن يكون الانتشار فى بلد المكلف ، لأن ذلك هو الذى يرفع العذر وإلا لكان إعناتا ووقع الحرج ، إذ لا وجه لإقامة الاستفاضة فى غير بلده مقام العلم(٣) . وغنى عن البيان أن هذا الخلاف لا محل له بشأن من يقيم فى غير ديار الإسلام لعدم صلاحية القاعدة المشار

(١) التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى،القسم العام،للأستاذ عبد القادر عوده ص ٤٣٩ .

(٢) م ١٢٩ من الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا .

(٣) تيسير التحرير ج ٤ ص ٢٢٥ .

إليها فى التحدى بها قبله على أى وجه . وقد ترخص البعض(١) فى الجهل الذى يعتبر عذراً فى دار الإسلام إذا كان مرده إلى اشتغال الجاهل بعمله أو غيره مما يصرفه عن التعليم ، ولا سيما فى المسائل الدقيقة التى يندر أن يعرفها غير المشتغلين بالعلم ، فإن جهله فى هذه الحال يكون عذراً فى عدم الامتثال ومسقطاً لما يترتب عليه ، فأولى أن يكون عذراً لدى أولئك الذين وجدوا فى بيئات وأجواء لا تسمح لهم بالتعرف على حقائق الإسلام ودقائقه ، ويرد فى مقدمة هؤلاء من يقيمون خارج دار الإسلام.وإذا كان الجهل بالأحكام ليس مطلقاً عذراً رافعاً للإثم والحرج فى ترك امتثال أمر الشارع ، فهو على التحقيق عذر فى حال واحدة ضبطها البعض(٢) بقولهم « هو ما يتعذر الإحتراز عنه عادة » وذلك كالجزئيات التى يكون الجاهل بها معذوراً بجهله لأنه لا يتيسر له تعرف حكم الله فيها نتيجة عدم انتشاره كما تقدم إيراده ، ويدخل فى الضابط المشار إليه ، وفى القاعدة المتقدمه الذكر ، الجهلُ فى خارج دار الإسلام بالنسبة إلى غير المسلمين أنفسهم فى عصورنا الحاضرة ، أما فى قاعدة الفقهاء فظاهر لأنهم خصوها بدار الإسلام ، وأما فى الضابط الذى وضعه القرافى « ما يتعذر الاحتراز عنه عادة » ، — فلأنه يتعذر على هؤلاء ، فى بيئاتهم ومدنياتهم واتجاههم إلى شئون الحياة ونظرتهم إلى الإسلام وأهله فى الجملة نظرة لا تليق بالمستوى الحقيقى للمسلمين ، دفع إليها تقصير المسلمين أنفسهم فى تطبيق أحكام الإسلام وآدابه وإظهارها فى مظهرها السامى الرفيع فى وجه الدعايات المتلاحقة ضد الإسلام ، وما يقذف به حوله من الشبهات تشوبها لمحاسنه،أقول يتعذر عليهم فى بيئاتهم تلك الإلمام بعقائد الإسلام وأحكامه وآدابه مما ينبغى معه التوسع فى الإعتذار بجهلهم بها ورفع الإثم عنهم لعدم الامتثال لها ، فإن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ، وما جعل الله فى الدين من حرج فى أية ناحية من نواحيه ، وإذا كانت الأمة فى دار الإسلام تعذر بجهل أحكام الشريعة لتشاغلها بخدمة سيدها ، وقد يكون عن علماء المسلمين ، فأولى أن يعذر بجهلهم بها أولئك الذين شغلهم فوق ما شغل تلك الأمة من العدو وراء

(١) تيسير التحرير ج ٤ ص ٢١١ وما بعدها ، والتقرير والتحبير ج ٣ ص ٣١٢ وما بعدها .

(٢) الفروق القرافى ج ٢ ص ١٤٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

مطالب الحياة التى لاتنقطع ، وبعدهم عن موجّهات الدين والوافدات إليه من الكتب والعلماء ، ومن عدم إلمامهم بلغته التى لاغنى عنها للتعرف على أحكامه والوقوف على أوامره ونواهيه .

من يجهلون اللغة العربية

١٠٩ — من لا يعرفون اللغة العربية ولا يستطيعون فهم أدلة التكليف الشرعية من القرآن والسنة ، كاليابانيين والهنود والجاويين وغيرهم ، لا يصح تكليفهم شرعاً إلا إذا تعلموا اللغة العربية واستطاعوا أن يفهموا نصوصها ، أو ترجمت أدلة التكليف الشرعية إلى لغتهم بحيث يستطيعون أن يجدوا كتاباً دينياً بلغتهم يبين لهم ما يكلفهم به الإسلام ، أو قامت طائفة بتعلم لغات هذه الأمم التى لا تعرف اللغة العربية ونشرت بينهم تعاليم الإسلام وأدلة تكاليفه مخاطبة لهم بلغتهم . وهذا الطريق الأخير هو الطريق القويم ، لأن الرسول ﷺ فى خطبته يوم حجة الوداع أشهد الله أنه بلّغ رسالته ، وأمر المسلمين أن يبلغ منهم الشاهد الغائب ، والشاهد يشمل كل من اهتدى إلى الإسلام وعرف أحكامه ، والغائب يشمل كل من لم يعرف لغة القرآن ولم يستطع فهم آياته . فأما إذا تُرك هذا الغائب على حاله لا يعرف لغة القرآن ولا يستطيع أن يفهم دلائله ، ولا ترجمت آياته إلى لغته ، ولا قام أحد يعرف لغة القرآن بتعليمه ما يكلف به باللغة التى يفهمها ، فهو شرعاً غير مكلف لأن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها ؛ ولهذا قال الله تعالى فى سورة إبراهيم «وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبيّن لهم (١)» .

متى يكون الجهل عذراً عند الأحناف

١١٠ — تناول الأحناف من الأصوليين وصف الجهل فى مبحث عوارض الأهلية . وقد اختلفت مسالكهم فى تقسيم الجهل فى هذا المقام ، فالكمال ومن نحا نحوه يقسمونه ثلاثة أقسام(٢) :

القسم الأول : جهل لا يصلح عذراً ولا شبهة ، ومن ذلك جهل الكافر بذات الله وصفاته .

القسم الثانى : جهل يصلح شبهة تدرأ الحدّ والكفارات ونحوها ،

(١) علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) تيسير التحرير جـ ٤ ص ٢١١ — ٢٢٧ والتقرير والتحبير جـ ٣ ص٣١٢ — ٣٢٠

كالحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة فإنه لا يحد لشبهة عدم علمه بتحريمها فى الإسلام لحداثة عهده به ، لأن تحريمها ليس فى جميع الأديان ، وهذا بخلاف ما لو أسلم الذمى وشرب الخمر مدعياً جهله بتحريمها إذ لا يعتبر هذا الجهل عذراً يندرىء به الحد لشيوع تحريمها فى دار الإسلام وهو منها ، وبخلاف ما لو دخل الحربى دار الإسلام فأسلم وزنى جاهلا التحريم فإنه لا يكون عذراً لحرمة الزنا فى جميع الأديان .

وواضح أن صلاحية الوصف لدرء الشبهة لا يقتضى رفع الإثم ، ولهذا اعتبروه دارئاً للحد أو مسقطاً للكفارة ولم يجعلوا الوصف عذراً مسقطاً للإثم كما هو مقتضى تعبيرهم بكلمة العذر الذى جعلوه موضعاً للقسم الثالث :

القسم الثالث : جهل يصلح عذراً كمن أسلم فى دار الحرب فترك بها صلوات جاهلا لزومها فى الإسلام فلا قضاء عليه بعد ذلك ، ومن ذلك جهل الشفيع بالبيع فإن الشفيع لو باع الدار المشفوع بها غير عالم ببيع جاره لداره قبل ذلك ، لا يكون بيع الشفيع تسليما للشفعة وإسقاطاً لحقه . أما الحرّة إذا زوّجها غير الأب والجد وهى صغيرة فبلغت جاهلة بثبوت حق الفسخ ، فإنه لا يعتبر عذراً لأن دار الإسلام دار العلم ، وليس للحرّة ما يشغلها عن التعلم فكان جهلها عن تقصير . ومقتضى هذا التعليل الأخير أنه حيثما وجدت شئون تشغل عن التعلم ، ولا سيما فى المسائل الدقيقة التى يندر أن يعرفها غير المشتغلين بالعلم ، فإن جهل هؤلاء يكون عذراً فى عدم الامتثال ، ومسقطاً لما يترتب عليه .

وقد وضع القرافى ، كما ذكرنا ، ضابطاً لما يصلح عذراً فقال إنه ما يتعذر الاحتراز عنه عادة ، وقال إنه معفو عنه ، وضبط ما لا يصلح عذراً بأنه ما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق ، وقال إنه لا يرفع التكليف ، ومن أقدم مع الجهل به فقد أثم خصوصاً فى الاعتقادات بحيث إن الانسان لو بذل جهده فى رفع الجهل عنه فى صفة من صفات الله أو فى شىء يجب اعتقاده فإنه آثم كافر على المشهور من المذاهب ، وقال إن الفروع دون الأصول قد عفا صاحب الشرع عنها إذا أخطأ بعد الاجتهاد والبحث .

ويشبه هذا فى الجملة ما قاله الشافعى فى الرسالة من أن هناك من الأحكام ما لا يسع بالغا غير مغلوب على عقله فى دار الإسلام جهله ، مثل الصلوات

وصوم رمضان والزكاة والحج ، وتحريم القتل والزنا والخمر والسرقة وغير ذلك مما لا يجوز التنازع فيه ، وهناك من الأحكام ما يحتمل التأويل وهـذا درجة من العلم ليس تبلغها العامة .

ويبين مما أنف بيانه أن الجهل بالأحكام ليس مطلقاً عذراً رافعاً للإثم والحرج فى ترك امتثال أمر الشارع ، وإنما يكون عذراً فى حالة واحدة ، هى التى ضبطها القرافى بقوله : هو ما يتعذر الاحتراز عنه عادة . ومنه يتبين أن قولهم لا عذر بالجهل فى دار الإسلام ليس على عمومه ، فقد توجد بعض جزئيات فى دار الإسلام ، ومع ذلك يكون الجاهل فيها معذوراً بجهـله لأنه لا يتيسر له تعرف حكم الله .

الفصل السادس

جهل القاضى بالأحكام

إن للقضاء فى التشريع الإسلامى منزلة كبيرة[1]. ولم يكن القضاء فى عهد الإسلام الأول مستقلا عن الولاية ، فقد كانت السلطتان القضائية والتنفيذية بيد الخليفة حيث كان النبى والخلفاء من بعده يقضون بين الناس بأنفسهم ، وكان الخليفة هو الذى يعين القضاة ويعزلهم . فلما اتسعت شؤون للدولة ، صار الخلفاء يعينون القضاة فى الأقاليم ، وأخذت السلطة القضائية تنفصـل شيئاً فشيئاً ، حتى أصبح لها وجود متميز عن السلطة التنفيذية .

وكان لقضاء النبى صفتان : إحداهما تشريعية ، بمعنى أن القواعد التى يقررها تعتبر تشريعاً ملزماً باعتبارها جزءاً من السنة النبوية ، والثانية صفة قضائية محضة ، بمعنى أنه يطبق الأحكام على الوقائع محل النزاع .

وللقاضى فى الشريعة الإسلامية أن يجتهد ، واجتهاده هنا فى حقيقته مصدر من مصادر الفقه الإسلامى[2] ، فهو يلعب دوراً كبيراً فى تفسـير الأحكام الشرعية الواجب تطبيقها من الكتاب والسنة . ولكن التسليم بحق القاضى فى الاجتهاد ليس إقراراً بمبدأ السوابق القضائية المعروفة فى الشريعة الإنكليزية لأن القاضى فى الشريعة الإسلامية غير مقيد بسابق اجتهاداته ، وما كتاب الخليفة عمر إلى أبى موسى الأشعرى إلا تأكيد على ذلك « . . . ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شىء ، ومراجعة الحق خير من

(١) الأستاذ ضياء شيت خطاب ، مبادىء التنظيم القضائى فى العراق ص ٨ – ١٠ .

(٢) يقول الشهرستانى « نعلم قطعاً ويقيناً أن الحـوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد فى كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً ، والنصوص إذا كانت متناهية ، والوقائع غير متناهية ، فإن ما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، وإن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » .

المادى فى الباطل . . . » . ومن واجب الفقيه أن ينقد أحكام القضاة بقصد تصويب ما عساه يكون فيها من خطأ فى تفسير نصوص القانون ، بمعنى أن دراسة الفقيه لنصوص القانون تأتى من خلال دراسته لأحكام القضاء ، وهذا ما يؤكد عليه الفقيه كابيتان بقوله(١) « ليس للقضاء ، بوصفه مصدر ثراء للقانون، ما يلزم الفقيه بدراسته وحسب . فالقضاء إنما يقدم للفقيه فائدة ثمينة أخرى حين يسمح له بأن يدرك بإتقان كيفية تطورات العلاقات القانونية ، ويرى كيف تتقارب المصالح بصورة عملية ، وكيف تتشابك العلاقات بين الناس ، كما أن الوقائع التى يثيرها الخصوم فى قضية ما ، ليست بأقل فائدة من صواب الحل الذى ينتهى إليه القضاء فيها . . . ولذا فلن يستطيع أحد أن يفهم القاعدة القانونية فهما جيداً ، أو يعرف مدى خطورتها ، ما لم يحقق جميع القرارات التى تصدر بمناسبة تطبيقها » وهكذا فإن القضاء والفقه كلهما بالإضافة إلى دورهما كمصدرين تفسيرين للقانون ، فإنهما يلعبان دوراً كبيراً فى تطوره .

هذا وقد تكلمنا فى الفصل السابق عن جهل المكلف بالأحكام الشرعية عامة . ونتكلم فى المطلب الأول من هذا الفصل عن جهل القاضى بهـذه الأحكام ، وأثر هذا الجهل فى قضائه . ثم نتكلم فى المطلب الثانى عن خطأ القاضى فى تطبيق الأحكام الشرعية . ونقفى على هذا بالمطلب الثالث ونتكلم فيه عن جهل الخصوم ببعض أحكام الشريعة .

المطلب الأول

جهل القاضى بالأحكام

١١١ – ينقسم جهل القاضى(٢) إلى نوعين : جهل بالوقائع التى يطرحها

---

(١) H. Capitant فقيه لامع من فقهاء القانون المدنى الفرنسى وصاحب النظرية الشهيرة فى « السبب » . أنظر مقدمة كتابه « الأحكام الكبرى فى القانون المدنى » ترجمة الدكتور عباس الصراف ص ٢١٦ .

(٢) عنيت الشريعة الإسلامية بتحديد صفة القاضى ، فلا تقوم هذه الصفة إلا بإسنادها من رئيس الدولة الإسلامية لشخص معين وقبوله ذلك . وعرف التاريخ الإسلامى ما يسمى بالقاضى الفضولى ، وهو القاضى الذى يتصدى لقضية لا تدخل فى اختصاصه ، ولا يجوز إنفاذ قضائه فى هذه الحالة إلا إذا أجازه القاضى المختص . والشريعة الإسلامية بوجه عام تتخفف من قيود التقاضى وشكلياته ما أمكن ، وهى إتساير أحدث النظم القانونية التى تتجه إلى =

= الإقلال من الشكليات وتبسيطها . ومن المبادىء الأساسية فى الإسلام أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى إلا بحجة صدرت أمامه هو لا أمام غيره ، وقد حرص الإسلام على مبدأ المساواة أمام القضاء فى المظهر والجوهر جميعاً ، وفى ذلك يقول الرسول لعلى بن أبى طالب حين ولاه قضاء اليمن « فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء » فنظرية الإثبات متكافئة بين الطرفين ، ولا يكفل لخصم ما لا يكفل للآخر ، ويمضى الرسول فيحذر من إغفال هذه المساواة بين الناس ، ويضع عدم العدل بينهم فى مرتبة الإثم والعدوان فيقول « إن أعتى الناس على الله ، وأبغض الناس إلى الله ، وأبعد الناس من الله ، رجل ولاه الله من أمر أمة محمد شيئاً ثم لم يعدل بينهم » ويروى عن أبى يوسف أنه قال عند موته « اللهم إنك تعلم أنى ما تركت العدل بين الخصمين إلا فى حادثة واحدة فاغفرها لى » فلما سئل عن تلك الحادثة قال « ادعى نصرانى على الرشيد (الخليفة) دعوى فلم يمكنى أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاذاة مع خصمه ، ولكنى رفعت النصرانى إلى جانب البساط بقدر ما أمكننى ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوى بينهما فى المجلس فكان هذا جورى وإن كنت قضيت على الرشيد » .

والأصل فى القضاء أن يعلم القاضى الحادثة موضوع النزاع من أطرافها فى مجلس القضاء ، والترجيح عند القضاء إنما يكون بالحجة الظاهرة ، فإذا كان القاضى شاهد هذه الحجة استوجب ذلك قضاءه بها دون تمكين الخصم الآخر من إبداء حجته ، وهكذا ينقلب الشاهد قاضياً وهو ما لا يجوز . ويقسم الفقهاء علم القاضى بالحادثة إلى ثلاث حالات : أولا – أن يقضى بعلم استفاده فى زمن قضائه ومكانه ، وهذا العلم بطبيعة الحال لا يؤثر على القضاء بل هو يتفق وطبيعته . ثانياً – أن يقضى بعلم استفاده قبل توليته القضاء ، ويرى أبو حنيفة فى هذه الحالة أن قضاءه غير جائز ، ويخالفه فى ذلك الصاحبان ويجوزان القضاء فى هذه الحالة فى غير الحدود . ثالثاً – أن يقضى بعلم استفاده فى زمان قضائه ولكن فى غير مكانه ، ورأى أبى حنيفة والصاحبين فى هذه الحالة كرأيهم فى الحالة السابقة . ويرى البعض جواز قضاء القاضى بعلمه فى القتل العمد وحد القذف لكونهما من حقوق العباد (أنظر الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية للشيخ على قراعة ص ٢٧٤ – ابن عابدين ج ٤ ص ٣١٦) .

ونحن نعتنق النظر الذى يذهب إليه الإمام أبو حنيفة وهو تحريم قضاء القاضى إذا كان علمه بالحادثة عن غير طريق مجلس القضاء ، وفى غير حضرة الخصمين .

هذا والقاضى بتأخير الحكم ، يأثم ويعزر ويعزل إلا فى ثلاث حالات : لريبة ولرجاء صلح ، وإذا استمهل المدعى . والمقصود بالريبة هو استرابة القاضى فى الأدلة المطروحة ، والصلح مبدأ أساسى فى قضاء الإسلام ، والمقصود برجاء الصلح ، الحالات التى يجوز فيها التصالح ، وهى لا تتضمن مخالفة الأحكام الشرعية الملزمة ، والتى تعرف بحدود الله . وعرض الصلح واجب على القاضى وعليه أن يتأنى فى قضائه طالما كان الأمل فى الصلح قائماً لقول عمر بن الخطاب « والصلح جائز بين المسلمين » . بيد أنه يجب أن يفاضل القاضى بين رجاء الصلح وما يستتبع إتمامه من إعادة الوئام بين الخصوم ، وبين الضرر الذى يحيق بأحدهم من جراء تأخير الفصل فى دعواه ، فإن كان الضرر غالباً لم يجز للقاضى تأخير الحكم .

الخصوم ، وجهل بالأحكام الشرعية الواجبة التطبيق على الواقعة المعروضة عليه . ويأثم القاضى فى كلتا الحالتين لأنه ينبغى عليه أن يمحص الوقائع تمحيصاً دقيقاً وأن يمعن فيها النظر ويحيط بجوانبها كافة ، ثم ينزل عليها الحكم الشرعى الواجب التطبيق بعد موازنة حجج طرفى الخصوم وترجيح حجة أحدهما على الآخر على هدى الأسس الشرعية : فإذا أصم القاضى أذنيه عن سماع الأدلة كاملة عن إهمال ، أو لم يحط بتلك الأدلة إحاطة واعية عن بصر وبصيرة ، كان قضاؤه على جهل(١) ، وكذلك إذا أنزل على الواقعة غير الحكم الشرعى الصحيح .

١١٢ — ونظام تسبيب الأحكام معروف فى الفقه الإسلامى ، وحكمته هو إقناع المحكوم عليه بالحكم من ناحية ، وإقناع الكافة بسلامة القضاء من ناحية أخرى(٢) . وضوابط التسبيب الشرعية هى ما يأتى :

— وأما استمهال المدعى ، فصورته أن يطالب أجلا لإحضار بينته . والمقصود بالمدعى من يدعى أمراً من الخصوم ولو كان هو المدين المدعى عليه إذا ادعى الوفاء ، فطلب التأجيل بذلك لا يقتصر على المدعى وحده وإنما يتناول كل طرف فى الدعوى بشأن ما يدعيه (راجع فى ذلك الفصل الأول من جامع الفصولين ، وابن عابدين المرجع السابق ص ٣٥٩) .

وينقسم القضاء فى الإسلام من حيث وضوحه إلى قضاء قصدى وقضاء ضمنى . والقضاء القصدى هو الذى يشترط فيه قيام دعوى صحيحة مبنية على خصومة ، وينصب القضاء القصدى على الحق المتنازع عليه . وأما القضاء الضمنى فلا تشترط له الدعوى أو الخصومة المباشرة ، وإنما يرد بصفة عرضية فى قضاء قصدى ، وهذا القضاء الضمنى لا حجية له إلا إذا كان لقضاء القصدى لا يقوم إلا على ثبوته ، وقد جاء فى « الأشباه » أن الشهود إذا شهدوا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً وقضى بنفاذ الوكالة كان قضاء بالزوجية بينهما .

(١) إذا تعمد القاضى عدم سماع الأدلة واستكمالها كان جائراً ، ويجرى عليه حكم القاضى الجائر ، وهو القاضى الذى يتحيز لأحد الخصوم ، والقاضى الجائر فى الإسلام يلزمه الضمان فى ماله ويعزر ويعزل عن القضاء — أنظر ابن عابدين ، المرجع السابق ص ٣٥٥ . ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام « من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضياه فلم يقض بينهما بالحق فعليه لعنة الله » ويقول أيضاً « إن الله مع القاضى ما لم يجر ، فإذا تخلى عنه لزمه الشيطان » .

(٢) جاء فى المبسوط لشمس الدين السرخسى أنه « ينبغى على القاضى أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ، ويبين له أنه فهم حجته ، ولكن الحكم فى الشرع يقتضى القضاء عليه فلم يكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ، ونسبته إلى أنه جار عليه . . . » .

أولا : وضوح الحكم بحيث لا يشوبه اللبس أو الغموض .

ثانياً : بيان فهم القاضى لحجج المحكوم عليه وإلمامه بكل عناصرها إلماماً تاماً ، وعدم إغفاله جانباً منها فى حكمه .

ثالثاً : بيان الحكم الشرعى لواقعة النزاع ومخالفة ما يدعيه المحكوم عليه لأحكام الشريعة . ومن الأحكام الشرعية ما يتصل بالموضوع ، ومنها ما يتعلق بالإجراءات ، وعلى القاضى بيان ما يعرض له الخصوم منها فى أسباب قضائه والإشارة إلى مصادرها المحددة فى التشريع الإسلامى(١) .

١٢٣ — ويذهب بعض فقهاء الشريعة(٢) إلى عدم جواز نقض القاضى لحكمه إذا ارتأى رأياً آخر نتيجة علمه بالحكم الشرعى المناسب للواقعة التى قضى فيها ، والذى كان يجهله حين قضائه ، قولاً إن ذلك من شأنه أن يضعف ثقة الناس فى القضاء(٣) ، ويجوز الإمام مالك ، على عكس ذلك ، رجوع القاضى عن قضائه إذا ارتأى ما هو أحسن منه .

ويذهب الحنفية عموماً إلى أنه لا يصح رجوع القاضى عن قضائه إلا فى ثلاث : لو بعلمه(٤) أو ظهر خطؤه ، أو بخلاف مذهبه(٥) .

والإجماع على أنه لا يحل لقاض أن ينقض حكم قاض آخر إذا رفع إليه

(١) عرفت كتابة الأحكام فجر ظهور الإسلام ، حينما أنشأ عمر بن الخطاب الدواوين . والديوان هو المكان الذى كانت تودع فيه الصحف بما فيها السجلات . والسجل فى اللغة هو كتاب القاضى . والحجة هى الحكم ، وتوضع فى أعلاها علامة القاضى ، وتظل فى حوزته لاحتجاج الخصوم بها عند اللزوم . ويبين من ذلك أن الشريعة الغراء عرفت التسبيب الكتابى للأحكام ، ولا شك أن ذلك يتفق مع قدسية القضاء ، فلا يقوم الحكم على هوى القاضى وغرضه ، وإنما يقوم على التزام الأحكام الشرعية التى تهدف إلى رعاية مصالح الناس وتأمينهم على حقوقهم بأيسر سبيل وأسرع وقت .

وإذا تأملنا فى ضوابط تسبيب الأحكام الشرعية لوجدناها تتفق مع ضوابط تسبيب الأحكام التى تضمها القوانين والتشريعات الحديثة التى تعد الحكم باطلا إذا أهمل أى عنصر من العناصر الثلاثة الواردة بالمتن أو عراه قصور .

(٢) ومنهم سحنون وأصبغ .

(٣) أنظر تبصرة ابن فرحون جـ ١ ص ٥٥ .

(٤) وقد جاء فى كتاب الخراج للإمام أبى يوسف المتوفى سنة ١٨٢ هـ أنه « إذا رأى الإمام أو الحاكم رجلا قد سرق أو شرب خمراً أو زنى فلا ينبغى أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك حتى يقوم به عنده بينة » — ص ١٠٩ .

(٥) راجع ابن عابدين ، المرجع السابق ص ٣٥٩ .

وكان فى مسألة اجتهادية وكان الاجتهاد معتبراً[1] ، وكان لا يرى الرأى الذى انبنى عليه .

والقضاء على جهل يقع فيه الغرم على المقضى له ، فهو الذى يلتزم بالتعويض دون القاضى ، ويعزل القاضى إذا اشتهر عنه الجهل وذلك متى غلبت الأخطاء على أحكامه .

المطلب الثانى

الخطأ فى تطبيق الأحكام[2]

١١٤ — يفرق فقهاء الشريعة بين الخطأ فى تطبيق أحكام القرآن الكريم والسنة والإجماع ، وبين الخطأ فى تطبيق الأحكام المبنىّ على الاجتهاد . ولا خلاف بينهم فيما يتعلق بالخطأ فى تطبيق القرآن والسنة (النص) والإجماع فالقضاء على خلافهما باطل ، لأن القضاء لا يحلّ حراماً ، ولا يحرم حلالاً . فكل حكم ينطوى على مخالفة للقرآن والسنة والإجماع حكم باطل لا حجية له بين ذات الخصوم ، ويأثم من يقوم بتنفيذ مثل هذا الحكم ، وليس للمحكوم له أن يحتج به أو يستند إليه .

١١٥ — أما بالنسبة للأحكام التى لا تستند إلى نص أو إجماع ، وإنما تكون مبنيّة على الاجتهاد ، فيقول « الآمدى » فى شأنها إنّ القضاء نافذ لا يجوز نقضه ، والقول بغير ذلك يتأدّى منه اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بها . ويستثنى الفقهاء من المسائل الاجتهادية حالة القياس الجلىّ ، وهى التى تكون العلّة فيها منصوصة ، فإذا اتحدت علّة الحادثتيْن المقيسة والمقيس عليها ، وكانت العلّتان منصوصتيْن أى واضحتيْن ، فإنه لا يجوز للقاضى مخالفة حكم القياس فى هذه الحالة ، فإن خالفه كان حكمه مستوجب النقض ، شأنه فى ذلك شأن الحكم المخالف للنص والإجماع .

ويقول « ابن قدامة » إنّ الحكم ينقض عند أحمد والشافعى إذا خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع ، إلا أنه يشترط أن يكون النص جلياً . وأما إذا

---

(١) الأستاذ الشيخ فرج السنهورى ، محاضرات فى تاريخ الفقه الإسلامى ، قسم الدكتوراة بجامعة القاهرة عام ١٩٦٤ ، موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى جـ ١ ص ١٤ .

(٢) وهو ما يطلق عليه فى اصطلاح التشريعات الوضعية « الخطأ فى تطبيق القانون » .

إذا خالف القاضى نصاً له دلالة ظنية فلا ينقض الحكم لأنه يعتبر من قبيل الاجتهاد .

ويفرق المالكية ، فى القضاء الاجتهادى ، بين قاض وآخر ، فإذا عُرف عن القاضى الاجتهاد والعدل لا ينقض حكمه ، وأما إذا اشتهر بغير ذلك فيجب التثبت من أنه لم يكن جائراً فى حكمه ، ويعتبر كذلك فى رأى البعض إذا لم يكن قد شاور العلماء فى اجتهاده ، وفى هذه الحالة ينقض حكمه . وأما إذا كان قد شاور العلماء وأخذ الرأى الصحيح منهم نفذ قضاؤه . والقاضى الذى لا يعرف عنه الاجتهاد ليس هو القاضى الجاهل ، والمالكية لا يجوّزون تولية الجاهل القضاء ، وقد حذر الرسول عليه السلام من توليته حين قال « من قضى للناس على جهل فهو فى النار » وهذا اشتراط واضح لعلم القاضى وثقافته قبل التصدّى للقضاء ، ومن هنا كان انصراف الإمام أبى حنيفة[1] وغيره

---

(١) عندما يذكر فضل تدوين الفقه الإسلامى ، إلى جوار تدوين الأحاديث والسنة ، أو تدوين الكتاب العزيز ، يذكر اسم أبى حنيفة بين كبار الرجال الذين خلدوا شريعة الإسلام .

وأبو حنيفة يرفع المرأة إلى مستواها الذى لا تكاد تبلغه فى أمم الغرب فى القرن العشرين ، فهو يبيح للمرأة أن تجلس للقضاء قاضية فيما تقبل فيه شهادتها .

وأبو حنيفة يجتهد رأيه بالقياس فيما ليس فيه نص ، ويخرج على السلف الذين يقولون (لا أدرى) فيما لم يسبق فيه نص . ذكر ذاكر أمامه قول الإمام الشعبى : لا أدرى نصف العلم . فرشقه أبو حنيفة بكلمة لاذعة قال : فليقلها مرتين ليكون له كل العلم .

وأبو حنيفة يفرع الفروع ويفترض الفروض التى قد تقع أو لا تقع ، ويضع أحكامها على أساس القياس وتقدير علل الأحكام ، ويسأل : إذا كان قول الصحابى يخالف قولك ، فيقول : أترك قولى بقول الصحابى . ثم يسأل : فإذا كان قول التابعى يخالف قولك ؟ فيجيب : إذا كان التابعى رجلا فأنا رجل . ومع ذلك يرفض أن يلى القضاء مع تعرضه للأذى والموت من الولاة الذين رفض أن يلى القضاء لهم ، أو أن يعمل فى التوقيع على أحكامهم مؤثراً حياد الفقيه واستقلاله ، مشفقاً من هول رسالة القاضى وقداستها .

ومما يجدر التنويه به أنه يرى أن الإيمان يتم بالتصديق بالقلب والإقرار باللسان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، فلا بأس على الإيمان (من حيث الوجود) إذا لم يقم المسلم بالواجبات الدينية أو الأعمال الصالحة ، لأن الإقرار بالإيمان كاف لإثبات إيمانه . ولو ارتكب المؤمن كبيرة فهو لا يفقد الأمل فى عفو الله ولا أحد يتيقن أن الله لن يغفرها له ، بل إن الأجمل بالناس أن يستغفروا له . أما الشرك فظلم عظيم لا يغفره الله ، وهو نقيض الإيمان .

من العلماء عن ولاية القضاء ، لا زهداً فيه ، وإنما استشعاراً لثقل الأمانة ، وتوجّساً من عظم المهمة[١] .

ويختلف فقهاء الحنفية بالنسبة للقاضي غير المجتهد[٢] ، فقد جاء في «البزازية» أنه إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ ، وليس لغيره نقضه ، ويرى محمد عكس ذلك[٣] .

ويقيّد بعض الفقهاء في الإسلام المسائل الاجتهادية التي يجوز للقاضي المجتهد أن يقول كلمته فيها ، ويستبعدون منها الحالات المختلف عليها في المذاهب فلا يجيز الحنفية مثلا القضاء على غير مذهبهم في المسائل الاجتهادية ، ويعدد الفقهاء الحالات الاجتهادية التي لا يجوز القضاء فيها على غير مذهبهم ، ومن ذلك ما جاء في « الأشباه » حيث تبلغ هذه المسائل أربعين مسألة[٤] .

خـــلاصة

١١٦ — يخلص لنا مما تقدم أنه لا خلاف في أن المقصود بالخطأ في تطبيق الأحكام الشرعية الذي يفقد الحكم حجيته وقوته ، إنما هو الخطأ في تطبيق أحكام القرآن والسنة والإجماع والقياس الجلي ، وأما بالنسبة للمسائل الاجتهادية عدا ذلك فهناك خلاف واضح بين الفقهاء ، فمنهم من يرجح نفاذها على إطلاقها ومنهم من لا يجوّز الخطأ إطلاقاً[٥] ، ومنهم من لا يجوّز الخروج في المسائل الاجتهادية عن مذهبه ، وهناك من يقصر الحالات التي لا يجوز الخروج فيها على عدد محدود[٦] .

---

(١) ونحن نعتقد أن عدم إجازة انتخاب القاضي في الإسلام إنما مرده إلى الخوف من انتخاب القاضي الجاهل أو المنحرف . وإذا كان الأصل في انتخاب رئيس الدولة في صدر الإسلام هو البيعة أي الانتخاب بواسطة أهل الحل والعقد ، فإنه هو الذي يقع عليه بعد ذلك عبء اختيار القضاة وتوليتهم .

(٢) ويفرق العلامة « قاسم » بين القاضي المقلد ، أي الذي يقلد غيره ، وبين القاضي المجتهد ، ويقول إنه ليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف لأنه من أهل الترجيح ، فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل ، ولو حكم لا ينفذ لأن قضاءه قضاء بغير الحق ، لأن الحق هو الصحيح . وأما ما يقال من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء ، فالمراد بذلك قضاء المجتهد . ويقول صاحب البحر في ذلك إن القاضي المقلد ليس له الحكم إلا بالصحيح المفتى به في مذهبه ، ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف .

(٣) أنظر ابن عابدين ، المرجع السابق ص ٤٣٨ .

(٤) راجع ابن عابدين ، الجزء الثالث ص ٤٩٣ .

(٥) ويذهب إلى ذلك « أبو ثور وداود » .

(٦) أنظر القضاء في الإسلام للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٤ .

وغنيّ عن البيان أنه إذا صدر الحكم صحيحاً دون أن تعلق به شائبة من شوائب البطلان ، أصبحت له حجية الأمر المقضي به ، فيلتزم به الخصوم ولو خالف آراءهم . وقد أشار « المصنف » إلى أن قضاء القاضي يحل ما كان حراماً في معتقد المقضي له . ويرى أبو حنيفة ومحمد أن القاضي إذا اعتبر الطلقة رجعية فيجب اتباع رأي القاضي ، ويخالفهما في ذلك أبو يوسف[١] . والبادي من رأي أبي حنيفة أن قضاء القاضي يصحّح مفهوم الحرام في معتقد المقضي له دون أن يعني بطبيعة الحال أن القاضي يقلب الحلال حراماً . وأما الحكم الذي يناله المحكوم له بغير حق ، أي غير مستند في ذلك إلى أمانة الحجة ، فلا يكتسب حجية ، ولا يسوغ للمحكوم له إعماله هديا بقول الرسول « فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار .

المطلب الثالث

جهل الخصوم بالأحكام

تكلمنا في الفصل الخامس عن جهل المكلّفين بالأحكام الشرعية ، وما قلناه هناك يصدق هنا ، بيد أنه يجمل في هذا المقام التحدث عن بعض الأحكام الشرعية ، سواء أكانت إجرائية أم موضوعية ، وأثر جهل المتداعين بهذه الأحكام على حقوقهم أثناء نظر دعواهم أمام القضاء ، وهو ما يقتضينا البدء بتعريف كل من الدعوى والخصومة الشرعية ، ثم طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية ، وأثر الجهل والخطأ في بعض هذه الطرق على المسئولية الجنائية وعلى الحدود وغيرها ، وسنتناول هذه المباحث في أربعة فروع على التوالي .

الفرع الأول

الدعوى والخصومة الشرعية

١١٧ — ذهب الفقه الإسلامي في تعريف الدعوى إلى أدق مما وصل إليه فقه القانون الوضعي الحديث ، وكان أول من فرّق بين الدعوى والخصومة وهو ما يتعثّر فيه الفقه الوضعي إلى اليوم : ويعرف الفقه الإسلامي الدعوى بأنها « قول يقصد به قائله إيجاب حق لنفسه على غيره مطلقاً ، سواء كان ذلك حال المنازعة أو حال المسالمة[٢] » .

---

(١) ابن عابدين ، الجزء الرابع ص ٣٤٨ .

(٢) أنظر الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، المرجع السابق ص ٣ — ابن عابدين ، الجزء الرابع ص ٤٣٧ — الفواكه البدرية لابن الغرس .

وهذا التعريف يفرق بين الدعوى وبين الحق الذى تحميه، ولكنه لا يفصلها عنه ، فالدعوى وإن لم تكن هى ذات الحق ، إلا أنها حق يولد مع مولد الحق الذى تحميه ، وبقاؤها رهين ببقاء الحق الأصيل . ويبين من التعريف الفرق بين الدعوى والخصومة ، فالمقصود بـ « حال المسالمة » أن الدعوى توجد سواء استعملها صاحبها أو لم يستعملها . والدعوى تفترق عن الشهادة التى تعتبر إخباراً بحق للغير على الغير ، كما تختلف عن الإقرار الذى يعتبر إخباراً بحق للغير على النفس .

والخصومة هى مجموعة الإجراءات التى تتخذ أمام القضاء بصدد الدعوى بغية الفصل فى موضوعها . ويعرف فقهاء الشريعة القضية بأنها الحادثة التى يقع فيها التخاصم . وإذا كانت الدعوى تنشأ مع الحق الذى تحميه ، فإن الخصومة لا تنشأ إلا بافتتاح المدعى الإجراءات القضائية ، ودعوة المدعى عليه إلى مجلس القضاء . وقد تصدّى فقهاء الشريعة لبحث شروط الخصومة التى تجمل فى خمسة شروط ، تندرج تحتها سائر الشروط الفرعية التى تبلغ فى رأى البعض أربعين شرطاً ، وهذه الشروط الخمسة هى :

أولا : مجلس القضاء ، فلا تنعقد الخصومة إلا فى مجلس القضاء .

ثانياً : أهلية المتداعين ، فلا بد أن يكونوا عاقلين ، فلا تصح دعوى الصبىّ أو المجنون .

ثالثاً : حضور الخصوم شخصياً .

رابعاً : المصلحة فى الخصومة .

خامساً : جديّة الخصومة .

ويقول « الخصاف » إن القاضى إذا وجد أن دعوى المدعى فاسدة ، بمعنى أنها لم تستكمل الشروط الشرعية للخصومة ، تعيّن على القاضى أن يطلب منه تصحيح دعواه .

الفرع الثانى

طرق الإثبات الشرعية

١١٨ — يقول الرسول الكريم : « لو يعطى الناس بدعواهم ، لادّعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على من ادّعى » ، ومن ثم كانت

البينة ضرورية لإثبات الادعاء ، إذ الادعاء المجرد من الإثبات لا قيمة له ، بغض النظر عن انتمائه للحق أو خروجه عن الباطل . وطرق الإثبات هى التى يتقوّى بها الادعاء ، فيبدو واضحا أمام القضاء فيلزم به الخصم .

والبينة إسم له مدلول واسع ، يشمل طرق الإثبات كافة . ويقول ابن القيم[1] إنها فى كتاب الله إسم لكل ما يبيّن الحق ، كما قال تعالى « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات » وقال « وما أرسلنا من قبلك إلاّ رجالاً نوحى إليهم ، فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون بالبينات[2] » ، ويخرج ابن القيم من ذلك إلى أن البينة هى إظهار الحق بكل دليل[3] .

ويذهب بعض رجال الفقه الإسلامى مذهب تقييد الإثبات Système légal ويرى هؤلاء حصر الحجج الشرعية وضرورة التزامها ، وأنصار هذا المذهب كثيرون ، ومن ثم لا يجيز هذا الفريق اعتبار القرينة القاطعة طريقاً من طرق القضاء ، ويختلف بعد ذلك أنصار حصر طرق الإثبات ، فيما يعتبر منها محصوراً يتعين التزامه ، وما يجوز التحلل منه أو الترخص فيه عند الضرورة مثل شهادة الواحد على ما يخفى على غير صاحبه ، وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ، وشهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة .

تقسيم طرق الاثبات الشرعية

١١٩ — يقسم بعض الفقهاء[4] طرق الإثبات الشرعية إلى ما يأتى :

١ — البينة[5] . ٢ — الإقرار . ٣ — اليمين . ٤ — النكول .

٥ — القسامة[6] . ٦ — علم القاضى . ٧ — القرينة القاطعة .

---

(١) أنظر أعلام الموقعين لابن القيم .

(٢) وقال تعالى : « وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة » وقال : « إنى على بينة من ربى » وقال « أمن كان على بينة من ربه » وقال « أم آتيناهم كتاباً فهم على بينة منه » وقال « أو لم تأتهم بينة ما فى الصحف الأولى » .

(٣) وهذا الاتجاه هو ما يعبر عنه فى الفقه الحديث ، بالمذهب المطلق أو الحر فى الإثبات Systéme libre وهو ما يأخذ به القانون الألمانى والسويسرى والأمريكى والإنجليزى — راجع الوسيط للدكتور السنهورى ، الجزء الثانى ص ٢٨ .

(٤) أنظر الدر وتكملة رد المختار .

(٥) المقصود بالبينة هنا فى اصطلاح الفقهاء : شهادة الشهود — أنظر أعلام الموقعين لابن القيم .

(٦) كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات فى الجاهلية ، وأقرها الرسول بعد الإسلام . وهى طريق للإثبات تختص به جريمة القتل فحسب ، فإذا كان القاتل مجهولا ، —

ويقصر بعض الفقهاء الشرعيين طرق الإثبات الشرعية على ثلاثة : الإقرار ، والبينة بمعنى الشهادة ، والنكول(١) .

ويستبعد البعض الإقرار من طرق الإثبات الشرعية قولا إن القاضي لا يحكم به وإنما يأمر به المقر ، لأن الحق يثبت بالإقرار دون الحكم . بيد أن هذا القول مردود بأن الإقرار لا يعدو أن يكون دليلا يأخذ به القاضي أو يطرحه إذا كان ثم دليل أقوى منه يناقضه . ويرى البعض أن اليمين ليست من طرق الإثبات ، لأنه إذا عجز المدعى عن تقديم بينته وحلف المدعى عليه ، لا يترتب على ذلك قضاء ، ويستطيع المدعى متى ظهرت له بينته أن يلجأ إلى القضاء الذي عليه أن يقضي بما يدّعيه متى أقام عليه الحجّة الظاهرة القوية ، وهكذا تكون اليمين بمثابة تجميد للدعوى دون أن تحسم النزاع قضاء ، وتظل الحال على ما كانت عليه قبل التداعي .

وسنتكلم فيما يلي عن الإقرار ، واليمين ، والنكول ، بحسبانها من طرق الإثبات ، ثم نتكلم عن الصلح وأثر جهل الخصوم بأحكام كل منها .

— فيكون على القوم الذين يعثر على جثة القتيل بينهم أن يقسم منهم خمسون رجلا « بالله ما قتلناه ، ولا علمنا له قاتلا » ثم يغرمون الدية — أنظر المبسوط ، المرجع السابق ص ١٠٦ .

— والدية إنما تدفع كنوع من العقوبة الجماعية على القوم ، لتراخيهم في حفظ الأمن في المكان الذي يقيمون فيه ، ولقيام الاحتمال في أن يكون القاتل منهم ، أو أنه ما تمكن من القتل إلا بموازرتهم له ، أو على الأقل تهاونهم في حماية القتيل الذي قتل بين ظهرانيهم . ويقول في ذلك شمس الدين السرخسي « فإنما وقعت الحادثة لتفريط كان منهم في الحفظ حيث تغافلوا عن الأخذ على أيدي السفهاء منهم أو من غيرهم » .

— ويذهب مالك إلى أن القسامة تستوجب القود أو الحد ، ولا يجوز الحنفية القود بالقسامة . ويروى عن الزهري أن « القود في القسامة من أمور الجاهلية » .

ويوافق بعض الفقهاء على اتخاذ طريق شبيه بالقسامة في شأن جرائم السرقة ، ويقول عبد القادر الشفشاوني المغربي إنه في المغرب كان الشخص إذا بات بناحية وسرق في الليل أو غصب بالنهار يذهب إلى الحاكم ويحلف لقد غصب أو سرق منه كذا ويقبض ماله من خزانة الدولة ، ويلتزم بأدائه سكان الجهة التي وقعت فيها الحادثة جميعاً — راجع كتاب شمس الهداية . وقد اندثرت القسامة كطريق من طرق الإثبات الشرعية لأن استتباب الأمن لم يعد واجباً قبلياً وإنما تنهض به الدولة .

(١) هذا التقسيم أخذت به لائحة المحاكم الشرعية في المادة ١٢٤ التي ألغيت بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

أولا : الإقرار

تعريف الاقرار

١٢٠ — يعرف البعض الإقرار بأنه الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ، ولو في المستقبل ، باللفظ أو ما في حكمه ، سواء كان الحق إيجابياً أو سلبياً(١) . ويذهب البعض الآخر إلى أن الإقرار إخبار من وجه ، وإنشاء من وجه آخر(٢) .

وتقوم مشروعية الإقرار على قوله : « وليملل الذي عليه الحق ، وليتق الله ربه ، ولا يبخس منه شيئاً » وكان النبي يأخذ بالإقرار ، ومن ذلك قضاؤه بالرجم عند الإقرار بالزنا . والإجماع على أن الإقرار حجة .

الاقرار القضائي وغير القضائي

١٢١ — لا يشترط الفقهاء عامة أن يكون الإقرار في مجلس القضاء ، فهو جائز في غيره ، إلا أنه إذا كان الإقرار قضائياً لا يحتاج لإثباته إلى بينة ، بينما الإقرار غير القضائي تلزم لإثباته البينة . وللمدعى أن يستحلف

(١) طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ١١٧ — الأصول القضائية ، المرجع السابق ص ٦٢ .

(٢) أنظر التنوير وتكلة رد المحتار .

— والذين يرونه من الفقهاء إنشاء يستندون في ذلك إلى عدم صحة الإقرار بدين لوارث ، وعدم صحة إقرار المريض بتبرع لوارث ، وذلك كله دون إجازة الورثة ، وعدم صحة قبول المقر له للإقرار بعد رده .

وأما الذين يرونه إخباراً ، وهم الأغلب الأعم من الفقهاء ، فيستدلون بصحة إقرار المريض ، الذي لا دين له ، بجميع أمواله للأجنبي دون توقف على إجازة الورثة ، وصحة الإقرار بعين لا يملكها المقر بحيث إذا تملكها بعد ذلك نفذ إقراره . وهم يردون على حجج الفريق الآخر فيقولون إن إقرار المريض لبعض ورثته بدين أو تبرع لا يخرج عن كونه إخباراً ، وأما عدم نفاذه فيرجع إلى تهمة إيثار بعض الورثة على البعض ، على خلاف الإقرار للأجنبي ، فإذا أجاز باقي الورثة إقرار المورث صار نافذاً لانتفاء التهمة ، ويتأكد بذلك كون الإقرار إخباراً . وأما عدم صحة قبول المقر له للإقرار بعد رده ، فليس كل إقرار يرتد بالرد ، وإنما يرتد ما كان الحق فيه خالصاً للمقر له وحده . ولا يقبل الرد الإقرار بحق مشترك بين المقر والمقر له ، وكذلك إذا تعلق بحق من حقوق الله ، كل ذلك لا يملك له المقر له رداً . فالإقرار بالشراء والبيع يظل قائماً ولو أنكره المقر له ، وكذلك الإقرار بالنكاح والطلاق . وجاء في « تتمة الفتاوى » أن الإقرار يكون صحيحاً من غير قبول بوجه عام . فالملك يثبت من غير تصديق وقبول ، وعلى ذلك يكون الإقرار للغائب صحيحاً .

بشأنه المدى عليه اليمين ، ويستلزم بعض الفقهاء الإشهاد على الإقرار غير القضائى[1] .

ويشترط الفقهاء فى جرائم الزنا والسرقة وشرب الخمر أن يكون الإقرار الذى يستوجب الحدّ إقراراً قضائياً ، وأما فى غير ذلك فيما يكون حقاً مشتركاً لله وللعبد كحدّ القذف ، أو فيما يكون حقاً للعبد وحده ، فكل ذلك يجوز فيه الإقرار غير القضائى[2] .

شروط الإقرار وأثر الجهل بها :

١٢٢ — ينبغى أن يكون الإقرار مقبولاً عقلاً وشرعاً ، فمن أقر بواقعة مقطوع بعدم صحتها يستحيل عقلا نفاذ إقراره ، وبذلك يخرج كلامه عن الإقرار . وكذلك الإقرار بشىء مخالف لأحكام الشريعة ، فإنه يخرج كذلك عن طبيعة الإقرار لاستحالة إنفاذه . والقاعدة أن الذى يعتبره الشرع باطلاً لا يصح الإقرار به لعدم الالتزام به . فمن أقر لزوجته بمهرها الذى أبرأته منه أو وهبته له كان إقراره باطلا ولا يلتزم به . والإقرار بنفقة لناشز باطل .

ويجب التحرى عن مقصود المقر بإقراره ، فإن كان يهدف إلى مخالفة أحكام الشريعة لا يصح إقراره ، وإن كان يرمى إلى هدف آخر فيجب

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

(٢) ورجوع السارق عن إقراره يسقط الحد إذا لم يكن دليل إلا الإقرار ، وإن كان ليس ثم ما يمنع من تعزيره متى اقتنع القاضى بثبوت التهمة . وإذا اشترك فى السرقة شخصان فأقرا بالسرقة وعدل أحدهما عن إقراره دون الآخر ، سقط القطع عمن عدل دون غيره عند مالك والشافعى وأحمد ، وعند أبى حنيفة يدرأ القطع عن الآخر لأن السرقة واحدة وشركتهما ثابتة ، ورجوع أحدهما يورث شبهة فى حق الشريك الآخر . وإذا كذب المسروق منه السارق فى إقراره بالسرقة بطل الإقرار ، ويترتب على بطلانه سقوط القطع ، وهذا هو الرأى فى مذهب الحنفية ، ويستوى عندهم أن يكون التكذيب مبتدأ أو بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة . أما فى فقه الإمام مالك ، الذى لا يشترط المخاصمة ، فإنه لا يرى فى تكذيب المجنى عليه لإقرار الجانى أو الشهود ما يسقط الحد مادام يثبت أن التكذيب قصد به مساعدة الجانى ولا يتفق مع الحقيقة . أما عند الشافعى وأحمد ، فإنهم يفرقون بين التكذيب السابق على المخاصمة واللاحق لها — أنظر فى تفصيل ذلك « بين الجرائم والحدود فى الشريعة الإسلامية والقانون » للمستشار أحمد موافى ، ص ٢١٣ .

ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعى أنه يكفى أن يقر السارق بجريمته مرة واحدة ، أما الإمام أحمد فيرى أن يكون الإقرار مرتين على الأقل ، فإن أقر الجانى مرتين فإنه يعزر .

حينئذ التحقق من مرامه ، فإن كان يتفق مع أحد الأصول الشرعية صحّ وإلا كان إقراراً باطلاً على إطلاقه .

ولا يعتد بالاقرار المبنىّ على خطأ إذا عدل عنه صاحبه ، فإذا أقر شخص بالطلاق استناداً إلى فتوى خاطئة لا يقع الطلاق[1] .

هذا ويجب أن يكون المقر عاقلا بالغاً فى التصرفات التى يشترط فيها البلوغ ، وأن يكون بوجه عام أهلا للالتزام ، ويصح إقرار المحجور عليه فى الحدود ، كما يجب أن تخلو إرادة المقر من العيوب المفسدة للإرادة[2] ، فيتعين أن يصدر الاقرار عن رضا وفى حالة اليقظة ، إلا أنه بالنسبة للسكران تصح بعض إقراراته زجراً ، وصحة الإقرار فى هذه الحالة نوع من العقاب والمؤاخذة على السكر . ويتحتم ألا يكون ثمت غلط أفسد إرادة المقر أو يكون وقع عليه تدليس أو غش .

جواز تجزئة الاقرار :

يرى فقهاء الشريعة أن الإقرار بالدين حجة على المقر ، فإذا تضمن هذا الاقرار شقا آخر مثل تأجيل الدين او الوفاء به ، تعين على المقر أن يقيم عليه البينة[3] .

(١) أنظر تكلة الدر .

(٢) وقد جاء فى كتاب الخراج للإمام أبى يوسف ص ١٠٧ ما يأتى :

« ومن ظن به أو توهم عليه سرقة أو غير ذلك فلا ينبغى أن يعزر بالضرب والتوعد والتخويف ، فإن من أقر بسرقة أو بحد أو بقتل وقد فعل ذلك به فليس إقراره ذلك بشىء ولا يحل قطعه ولا أخذه بما أقر به » .

وقد أيد ذلك بشواهد كثيرة . وذكر أنه كان يبلغ من تورق أصحاب الرسول الحدود فى غير مواضعها وما كانوا يرون من الفضل فى درئها بالشبهات أن يقولوا لمن أتى به سارقاً « أسرقت ؟ قل لا » ، وهذا يخالف ما أباحه المالكية من حبس المتهم وتعزيره توصلا إلى إقراره ، وهو ما لا تسلم المالكية به لصدور الإقرار حينئذ مؤوفا بعيب الإكراه ، والشواهد العديدة التى أيد بها الإمام أبو يوسف الرأى العكسى ومنها أن طارقاً بالشام أتى برجل قد أخذ فى تهمة سرقة فضربه فأقر فبعث به إلى عبد الله ابن عمر يسأله عن ذلك فقال ابن عمر : لا يقطع فإنه إنما أقر بعد ضربه إياه .

(٣) يذهب الفقه الوضعى الحديث إلى أن الأصل فى الإقرار عدم التجزئة ، فإما أن يأخذ به المقر له برمته أو يطرحه برمته . ونرى أن الفقه الإسلامى أكثر دقة وعدالة بإجازة تجزئة الإقرار ، إذ القول بالتأجيل أو الوفاء بالدين لا يعد من قبيل الإقرار ، وإنما هو دعوى جديدة يقيمها مدعيها إلى صاحب الدين ، وحينئذ لا يخرج الأمر عن احتمالين :

هذا والإقرار حجة على المقر وحده ، لأن الإنسان تكون ولايته على نفسه وحدها دون غيره . ويستثنى الفقهاء من هذه القاعدة حالة ما إذا أقرت مجهولة النسب بأنها ابنة أب الزوج وصدقها الأب فى ذلك ، فهنا ينفسخ الزواج ، ويتعدّى بذلك أثر الإقرار فيتجاوز المقرة إلى زوجها :

ويتميز الإقرار بالنسب عن غيره من الأقارير بسمات خاصة ، وإن كان شأنه شأن غيره منها فيلزم المقر فى نفسه ولا يحمله على غيره ، فهو يصح فى حالى الصحة والمرض ، ولو كان مرض الموت ، لأن حق الغرماء لا يتعلق به ، ولا يؤثر التناقض فى الإقرار بالنسب ، ويصح الإقرار بالنسب بعد نفيه ، كما أنه لا يصح الرجوع فيه بعد ثبوته ، لأنه لا يحتمل النقض بعد الثبوت .

ويصح إقرار كل من الرجل والمرأة بالزوجية ، ويشترط لذلك خلو المرأة من موانع الزواج ، كما يشترط تصديق المقر له . ويختلف الفقهاء فى شأن جواز تصديق الزوج بعد وفاة المرأة التى أقرت بالزواج ، ويرى أبو حنيفة عدم صحة تصديق الزوج بعد وفاتها .

ثانياً : اليمين

مشروعية اليمين واقسامها :

١٢٤ — تقوم مشروعية اليمين على قول رسول الله « البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر » . ويقسمها الفقهاء إلى أقسام عديدة تختلف من حيث زمانها[1] ، وإلمام الحالف بحقيقة الحادثة[2] ، وطبيعة ما ترد عليه[3] ،

= فإما أن يقر صاحب الدين بالتأجيل أو الوفاء ، وإما أن ينكر فيكون على مدعى التأجيل أو الوفاء عبء إثبات ذلك .

(١) فهى من حيث زمانها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ١ — اليمين المنعقدة ، وهى اليمين على المستقبل ، ويلزم الحالف الكفارة عند الحنث فيها ، ٢ و ٣ — يمين الماضى والحال ، وهى ترد على واقعة سابقة أو حالة ، وهو المقصودة باليمين فى طرق الإثبات ، وهذه لا كفارة فيها لأنها من الكبائر متى تعمد الحالف الكذب ، وتسمى يمين الغموس لأنها تغمس صاحبها فى الإثم وجزاؤها جهنم .

(٢) وتنقسم إلى قسمين : ١ — يمين على البتات ، وهى التى ترد على ما تفعله نفس الحالف . ٢ — ويمين على العلم ، وهى التى ترد على ما يعلمه الحالف من غير فعل نفسه .

(٣) وتنقسم كذلك إلى قسمين : يمين على الحاصل ، ويمين على السبب — أنظر طرق القضاء ، المرجع السابق .

ومن حيث وجوبها على المدعى أو المدعى عليه ، وهى بالنظر إلى هذا الوجوب تنقسم إلى قسمين :

(أ) يمين المدعى عليه : وهى الأصل فى اليمين لأنّ المدعى عليه يجب عليه أداؤها إذا أنكر ما يدعيه عليه المدعى .

(ب) يمين الاستظهار[1] : وهى التى يوجّهها القاضى إلى المدعى . والحالات التى تستوجب يمين الاستظهار تجمعها ضرورة واحدة ، وهى تعذر الوصول إلى بعض جوانب حقيقة شىء مدعى به من غير طريق المدعى . ويتفق أبو حنيفة وصاحباه على وجوب يمين الاستظهار إذا ادّعى أحد حقاً فى التركة وأثبته ، فيحلف المدعى يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بأى وجه من الوجوه ، ولا أبرأه منه ، ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت فى مقابلة هذا الحق رهن .

ويضيف أبو يوسف للحالات التى يستحلف فيها المدعى يمين الاستظهار أربع حالات أخرى :

١ — إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، يستحلفه القاضى على أنه لم يبع هذا المال ، ولم يهبه لأحد ، وأنه لا زال على ملكه ولم يخرج منه بأى وجه .

٢ — يستحلف القاضى المشترى إذا أراد ردّ المبيع لعيب ، وعليه أن يحلف بأنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة .

٣ — إذا طالب الشفيع بالشفعة يستحلفه القاضى بأنه لم يسقط حق الشفعة بأى وجه من الوجوه .

٤ — تستحلف الزوجة طالبة النفقة من زوجها الغائب على أنه لم يطلقها ولم يترك لها نفقة ولم تكن ناشزة[2] .

(١) تنص المادة ٤٨٤ من القانون المدنى العراقى على يمين الاستظهار ، كما تنص عليها كذلك المادة ١٢٣ من قانون البينات السورى .

(٢) ونحن نرى أن هذه الحالات إنما أوردها الفقهاء على سبيل المثال لا الحصر ، ومن ثم يسوغ توجيهها فى كافة الحالات التى تكون حجة المدعى فيها ظاهرة ولكنها تفتقر إلى تقوية تنفى الشبهة فيما يتعذر التحقق به من غير طريق الاحتكام إلى ضميره وأمانته . =

هذا وتنقسم اليمين ، من حيث استقلالها أو إضافتها إلى دليل آخر ، إلى قسمين :

(أ) يمين الإنكار : وتوجه إلى الخصم المنكر فى الدعوى ، وتستقل بكيانها كطريق من طرق الإثبات ، ولا تكون إلا إذا عجز المدعى عن بينته .

(ب) اليمين المعززة : وهى التى يحلفها المدعى ليعزز بها دعواه إذا أقام عليها شاهداً واحداً ولم يكن له شاهد آخر ، ويجيزها الشافعى ومالك وأحمد بالتعويل على ما روى عن الرسول من أنه قضى بشاهد ويمين . ولا يجيز الحنفية هذه اليمين[1] .

صيغة اليمين :

يقول الرسول « لا تحلفوا إلا بالله ، ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون » ويبين من ذلك أن الحلف لا يكون إلا بالله عز وجل . وذهب بعض الفقهاء إلى جواز الحلف بالطلاق والعتاق ، وهو رأى مرجوح ، ويقول « قاضى خان »[2] إذا أراد المدعى تحليف المدعى عليه بالطلاق والعتاق لا يجيبه القاضى إلى ذلك لأنه حرام .

والراجح فى آراء الفقهاء أن يحلف المتداعى بالله بغض النظر عن ديانته ، ويجوز البعض الحلف وفق ديانة الحالف وهو قول مرجوح .

عدم جواز اليمين فيما خالف الشرع :

١٢٦ — اليمين ، كطريق من طرق الإثبات ، ليست سبيلاً مطلقاً فى كافة الدعاوى ، ويعبر عن ذلك « شمس الدين السرخسى » بقوله « اليمين مشروعة لإبقاء ما كان على ما كان ، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقاً »[3] ، ويقصد من ذلك أن اليمين ، وهى فى الأصل توجه للمدعى عليه ، يقصد بها إبقاء الشىء المتنازع عليه فى يده على ما هو عليه ، فلا تجعله مستحقاً له طالما كان الاستحقاق له أصلا .

= — ويمين الاستظهار يقابلها ، فى الفقه الوضعى ، يمين الاستيثاق التى توجه إلى المدعى عليه بحسبانه مدعياً فى حال الوفاء وعدم العلم ، وكذلك يمين التقييم **le serment sur la Valeur** التى توجه إلى المدعى لتحديد قيمة المدعى به التى يتعذر تحديدها بأية وسيلة أخرى .

(١) ويقابل اليمين المعززة فى الفقه الوضعى اليمين المتممة **Serment Supplétif**

(٢) أنظر فى ذلك الهداية .

(٣) أنظر المبسوط ، جـ ٢٦ ص ١٠٨ .

ويشترط الفقهاء فى اليمين ما يأتى :

أولا : أهلية الحالف ، فلا تجوز اليمين من الصبى إلا إذا كان مأذوناً فى التجارة .

ثانياً : لا تجوز اليمين فيما خالف الشرع ، فلا يجوز الحلف على شىء يخالف المسائل الشرعية الثابتة .

ثالثاً : المصلحة فى اليمين ، فلا يرد الحلف إلا على ما يصلح إقراراً .

رابعاً : اليمين على من أنكر ، فلا يلتزم باليمين أصلاً غير المنكر .

خامساً : لا يجوز الحلف إلا على المعلوم ، بيد أن الفقهاء يجوزون يمين الاستيثاق للتوصل إلى المجهول الذى لا يعرفه غير صاحبه .

سادساً : لا يحلف المرء على البتات إلا فيما يقع على فعله أو يحيط به علمه إحاطة كاملة واعية .

ويختلف الفقهاء بعد ذلك فى بعض المسائل من حيث جواز اليمين فيها ، فيذهب أبو حنيفة إلى عدم جوازها بوجه عام فيما لا يحتمل البذل أى ترك المنازعة ، ويخالفه الصاحبان اللذان يجوزانها فى حالات النسب الذى يصح فيه إقرار المدعى عليه ، وفى الاستيلاد[1] وفى النكاح والرجعة وغير ذلك .

وفى حالة الرجوع فى الإقرار ، يجيز أبو يوسف للراجع عن إقراره تحليف خصمه على ذلك ، من قبيل الاستحسان ، ولا يجيزه غيره .

افتداء اليمين

١٢٧ — يجعل الإسلام الحنث فى اليمين إثماً عظيما ، والتزام المنكر باليمين هو مهمة ثقيلة ، فذاكرة الإنسان يرد عليها النسيان ، وبعض الحوادث يثير اللبس والاشتباه ، فيراها شخص من وجه ، ويراها آخر من وجه مختلف ، ومن ثم كان التورع عن اليمين وتجويز الفقه الإسلامى افتداءها ، بمعنى أن يعطى المنكر الشىء المتنازع عليه أو جانباً منه للمدعى ، لا على أساس التسليم له بطلباته ، وإنما على أساس افتداء اليمين[2] .

وبدهى أنه يجب فى الافتداء أن تكون اليمين فى الحالات التى يجوز فيها

(١) الاستيلاد هو أن تدعى الأمة أنها أم ولد مولاها منه .

(٢) يقوم نظام الافتداء على ما روى عن عثمان بن عفان من أنه ادعى عليه بأربعين درهماً فأنكر ، ولما وجهت إليه اليمين امتنع عنها وقال : أخاف أن يوافقها قضاء ، فيقال إن عثمان حلف كاذباً . وافتدى يمينه بجانب من المال المتنازع عليه .

ذلك وأن تتوافر شرائطها ، هـذا إلى أن المدعى لا يُجبر على قبول الافتداء (١) .

كفارة اليمين

١٢٨ ــ يقول الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » ويقول « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانـكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » .

الاختلاف بين آيتين

فاللغو فى الآية الأولى جاء مقابلا لكسب القلب ، وفى الآية الثانية جاء مقابلا لعقد الأيمان . وقد اختلف الفقهاء فى التعارض بين الآيتين فاختلفوا فى الحـكم (٢) .

فالشافعية قالوا : لا تعارض بين الآيتين ، لأن اللغو فى الآيتين هو السهو وكسب القلب فى الآية الأولى هو نفس عقد الأيمان فى الآية الثانية ، لأن كسب القلب عبارة عن القصد والتصميم ، وعقد اليمين كذلك ، فهما يشملان اليمين على الماضى والمستقبل متى كان عن قصد . وعلى ذلك تنتفى المؤاخذة فى حالة السهو ، وتبقى فى حالة الكسب أو عقد اليمين . والمؤاخذة المذكورة فى الآيتين يقصد منها المؤاخذة فى الدنيا ، وهى الكفارة . ونظراً إلى أن اليمين الغموس ــ وهى ما كانت على شىء مضى وكانت كاذبة ــ فيها كسب القلب فإنه تجب فيها الكفارة ، لأن نفى المؤاخذة مقصور على حالة اللغو الذى هو السهو .

أما الحنفية فقد قالوا : إن بين الآيتين تعارضاً . ووجه التعارض عندهم هو أن اللغو كما يطلق على السهو يطلق أيضاً على ما لا فائدة فيه . وعلى هذا لو نظرنا إلى الآية الأولى نجدها تشمل فى المؤاخذة اليمين الغموس ، لأنها من كسب القلب ، فى حين أنا نجد الآية الثانية تخرجها من المؤاخذة ، لأنها ليست مما عقدت عليها اليمين ، لأن العقد لا يكون إلا قولا له حكم فى المستقبل كعقد البيع وغيره ، ويؤيد هذا قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » أى الأقوال التى تعاهدتم على تنفيذ مضمونها بعد تمام العهد . وعلى

(١) ولذلك نرى أن الافتداء فى حقيقته إنما هو نوع من أنواع الصلح يتراضى عليه الخصمان .

(٢) راجع ما قلناه عن اختلاف الفقهاء فى فهم المراد من النصوص . وهذا المثال يوضح الاختلاف بين آيتين يمكن الجمع بينهما . أنظر ص ١٢٦ - ١٢٩ .

هذا يلزم الجمع بين النصين لدفع هذا التعارض : بأن نغاير فى معنى المؤاخذة فنجعلها فى الآية الأولى بمعنى المؤاخذة فى الآخرة ، ويكون اللغو فيها بمعنى السهو : أى لا يؤاخذكم الله فى الآخرة بالسهو . وتكون فى الثانية بمعنى المؤاخذة فى الدنيا ، وهى الكفارة ، ويكون اللغو فيها بمعنى : ما لا فائدة فيه ، فيكون المراد : لا يؤاخذكم الله فى الدنيا بإيجاب الكفارة على الأيمان التى لا فائدة منها ، فتدخل فى ذلك اليمين الغموس ، إذ فائدة اليمين المشروعة تحقيق البر بها ، وهذا لا يتصور فى الغموس ، إذ العمل قد وقع فعلاً . وتعويلا على كلام الأحناف يكون قد وُجد التعارض ، ولكنه قد اندفع بالجمع بين الآيتين نتيجة لتغاير الحكم فيهما ، وهو المؤاخذة فى الآخرة ، أو المؤاخذة فى الدنيا بسـبب جعلهم اللغو فى الآية الأولى بمعنى السهو ، وفى الثانية بمعنى الخالى من الفائدة .

أما الشافعية فقد جعلوا الحكم واحـداً ، وهو المؤاخذة فى الدنيا ، فلا تعارض .

ثالثاً : النـكول

النكول هو تهيب الإقدام على شىء ، وهو فى حقيقته لا يعدو أن يكون من قبيل القرينة القاطعة على ثبوت حق المدعى . وهـذه القرينة تقوم على أن المدعى عليه لو كان جاداً فى أحقيته للشىء المتنازع عليه ، لقبل أن يؤكد ذلك بيمينه ، بيد أنه بقعوده عن الحلف يتخذ موقفاً سلبياً يفصح عن تسليمه الضمنى بما يدعيه عليه المدعى . فالنكول يتخذ بذلك صورة قريبة من الإقرار السلبى الذى يحمل فيه السكوت محمل الإقرار .

ويقسم الفقهاء النكول إلى قسمين : نكول حقيقى ونكول حكمى .

والنكول الحقيقى هو التعبير صراحة برفض الحلف . والمقصود بذلك هو الامتناع الصريح عن حلف اليمين فى حالة وجوبها . ولا يعد نكولاً حقيقياً مجرد المنازعة فى وجوب اليمين ، ولكن القاضى متى حسم هذه المنازعة وألزم المنكر اليمـين ثم رفض يكون ناكلاً . وهكذا يشترط للنكول أن تكون اليمين واجبة أصـلاً ، وتوافرت فى الدعوى شرائطها شرعاً ، وأن يوافق القاضى على توجيهها فى مجلس القضاء .

أما النكول الحكمي فإنه يكون في حالتين : إما سكوت من وجبت عليه اليمين شرعاً دون أن يصرح بالامتناع عنها ، ويعتبر كذلك في رأى البعض إذا عرضت عليه ثلاثاً ورفض ، وإما أن يدعى الشخص لمجلس القضاء للحلف فيمتنع عن الحضور[1]

طبيعة النكول

١٢٩ ــ يذهب أبو حنيفة إلى أنّ النكول بذل فهو يفيد ترك المنازعة . والنكول بهذه المثابة يقطع الخصومة دون تكذيب المتخاصمين . فالأمر في ذلك لا ينطوى على إقرار بالكذب وإنما هو مجرد ترك المنازعة ، والإعراض عنها .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن النكول إقرار ، لأنه يدل على الكذب في الإنكار « فإنه لو لم يكن كاذباً لأقدم على اليمين إقامةً للواجب ، ودفعاً للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى تعظيماً له ، ودفع تهمة الكذب عن نفسه ، وإبقاء ماله على ملكه ، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث[2] » . ويعزّز الصاحبان رأيهما في أن النكول لا يحمل على البذل بأنه يصح ممن لا يصح منه البذل ، وتختلف بعض حالاته عن حالات البذل .

على أن اعتبار النكول مجرد قرينة قاطعة يغنى عن الجدل حول طبيعته . والواقع أن النكول بحسبانه موقفاً سلبياً ، إنما ينهض قرينة على عدم ثبوت الحق المتنازع عليه في جانب الموجهة إليه اليمين . واعتبار النكول بذلاً ، على ما يذهب إليه الإمام أبو حنيفة ، فيه تحميل لطبيعته على أكثر مما يحتمل ، وربما لا يدور في ذهن الناكل ، فالخصم الناكل لا يهدف من نكوله إلى البذل . ولا يمكن اعتبار الناكل من ناحية أخرى مقراً ، على ما يذهب إليه الصاحبان ، لأن الخصم لو قصد إلى الإقرار لصرّح بذلك ، ولكن اللجاجة في الخصومة ، بالإنكار في بادئ الأمر ، ثم رفض الحلف صراحة أو السكوت عنه ، كل ذلك ينبئ عن عدم الرغبة في الإقرار ، ولا سيا أن النكول قد يرجع في حقيقته إلى التشكك في موضوع النزاع ، أو مجرد الترفع عن اليمين مما ينفى اعتبار النكول من قبيل الإنكار .

(١) كانت المادة ٢٠٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تستوجب لاعتبار الشخص ناكلا إعلانه للحلف مرتين ثم امتناعه عن الحضور دون عذر شرعي .

(٢) أنظر تكملة فتح القدير ص ١٦٣ وما بعدها .

ويذهب ابن فرحون[1] إلى أنّ القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام إنما هو رجوع إلى القرينة الظاهرة .

ردّ اليمين وشروطه :

١٣٠ ــ رد اليمين هو توجيهها ممن وجهت إليه على خصمه .

ويذهب الحنفية إلى عدم جواز ردّ اليمين ، ويدعمون ذلك بأن الرسول حينما قال « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » ، إنما قسم بذلك طرق الإثبات إلى قسمين : قسم البينة وهو من نصيب المدعى ، والقسم الآخر وهو اليمين ، وهو وسيلة إثبات المدعى عليه ، وعلى ذلك ليس للموجهة إليه اليمين سوى أن يحلف أو ينكل ، وليس له أن يرد اليمين على المدعى . ويعتمد الحنفية بوجه عام على قضاء النبيّ بالنكول وقضاء الصحابة به من بعده[2] .

ويرى الشافعية والمالكية جواز ردّ اليمين ، ويستندون في ذلك إلى حديث ابن عمر بأن رسول الله ردّ اليمين على طالب الحق ، وأن عمر بن الخطاب وعليا بن أبي طالب كليهما أجازا ردّ اليمين .

(١) أنظر تبصرة ابن فرحون ، المرجع السابق .

(٢) يلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية المعمول به الآن إنما يقوم على أساس الراجح في مذهب أبي حنيفة ، والراجح من آراء هذا المذهب لا يتيسر الوقوف عليه لأن الآراء منثورة في الكتب القديمة وغير مفهرسة ولا مصنفة بحيث يضحى التراضي على الأفراد بها نوعاً من العنت ولا سيما أن الآراء التي قننت في نصوص تشريعية من أحكام الأحوال الشخصية جد قليلة ولا تخرج عما تضمنته نصوص القانونين رقمي ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ومنها عدم وقوع طلاق المكره ، أما كيفية وقوع الطلاق ذاته فإنه لم ينظم . ونحن نرى ضرورة تطوير قوانين الأحوال الشخصية بما لا يصادم النصوص التشريعية ويساير مقتضيات البيئة والحالات المستجدة ويتلاءم مع الحالة الاجتماعية السائدة . ولعل أبرز الأمثلة التي تدعو إلى هذا التطوير « قواعد الإثبات » التي تختلف في قوانين الأحوال الشخصية عنها في القانون المدني مع أنها في الواقع جزء منه . فقوانين الأحوال الشخصية تعتمد في المقام الأول على شهادة الشهود ولا تحفل بالمكاتيب مع أن ثمة حالات يكون فيها الاستناد إلى الأوراق المكتوبة أجدى من الشهود الذين قد يجاملون أو يكذبون أو ينسون ، على عكس القانون المدني الذي يعول على الإثباتات الكتابية . والقوانين السابقة كانت تعتمد على ذمة الشاهد وأنها أجدى وأبعث على الاطمئنان من الكتابة ، لكن النظرة الاجتماعية السائدة الآن تنادى بعكس ذلك ، فقد تطلق الزوجة دون أن تعرف أنها طلقت وذلك نتيجة عدم توثيق الطلاق ، ومن ثم نرى ضرورة أن يتم الطلاق بورقة رسمية أمام موثق ، وأن تكون الرجعة أمام موثق أيضاً ، وبهذا ينتهى وضع غريب وهو تطليق الزوج زوجته بإلقاء اليمين عليها —

ويقول ابن تيمية(٢) « ليس المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم فى النكول ورد اليمين بمختلف ، بل هذا له موضع ، وهذا له موضع . ففى كل موضع أمكن المدعى معرفة المدعى والعلم به ، فردت عليه اليمين من

ثم يراجعها قبل انتهاء العدة ، وهو وإن كان حلالا شرعاً إلا أنه يجب حماية المرأة من مغبة حصوله دون علمها فى الحالين .

ونحن نرى أن لولى الأمر ، بل عليه ، أن يعالج هذه الأحوال وأمثالها دفعاً للضرر . فإذا لم يجد لعلاج مشكلة تعدد الزوجات الآن سوى اشتراط موافقة الزوجة الأولى مثلا ، وأن يكون من حقها طلب الطلاق إذا رفضت قبول الزوجة الثانية ، كان له ذلك بما له من ولاية شرعية تخول له إيجاب ما فيه صالح الأمة ، كما له تقييد التعدد بعرض الزوجة الأولى أو عقمها مثلا . كما أن له تقييد الطلاق وعدم إتمامه إلا أمام القاضى ، على أنه إذا طلق الزوج بعيداً عن القاضى وقع الطلاق صحيحاً شرعاً ، ولكن توقع عليه عقوبة ينص عليها ولى الأمر استناداً إلى حقه فى التعزير على مخالفة أوامره . والطلاق وتعدد الزوجات من المباحات ولم يرد فيها نص يجعل الحد منها خلافاً عنه ، وفى مثل هذا يرى الفقهاء أن لولى الأمر أن ينهى هذه الإباحة بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه فيصبح ما تجاوزه أمراً محظوراً ، وفى رأينا أن له كذلك ، من باب أولى ، أن يحد من استعمال الحقوق بما يتفق معه التعسف ويرتفع الضرر ، عملا بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ذلك أن طاعة ولى الأمر واجبة بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » . والمراد بأولى الأمر الأمراء والولاة ، وهذا مروى عن ابن عباس وأبى هريرة . ويقول الطبرى إنه أولى الأقوال بالصواب لكثرة ما ورد عن النبى من إيجاب طاعتهم إلا فى معصية ، وهذا الإيجاب يتناول ما يأمرون به من إيجاب مباح أو تحريمه وإطلاق حق أو تقييده ، لمصلحة تقتضى ذلك . وقد اشترط العلماء أن يكون من يصدر منه ذلك من الأمراء والولاة مجتهداً أو له رجع فيه إلى رأى مجتهد حتى يكون أمره هذا مستنداً إلى دليل شرعى . ومن الأدلة الشرعية المصلحة المعتبرة شرعاً . وتقدير هذه المصلحة وضرورتها موجه إلى ولى الأمر لأنه المنوط به إقامة الحدود وتأمين السبل وجهاد العدو وتنفيذ الأحكام والإشراف على شئون الرعية وتوفير المصلحة لهم ، وفى هذه الحال يكون ما أمر به حكماً شرعياً يجب اتباعه شرعاً . أما إذا لم يكن مجتهداً ولم يرجع فى أمره إلى رأى مجتهد ، فإن طاعته حينئذ تجب باعتبار أمره أمراً يقوم عليه النظام وتضطرب بمخالفته الأحوال ويعرض مخالفه للعقاب .

— هذا وبشأن حضانة الصغير ، فإننا نرى أن تكون للأصلح حتى يبلغ الصغير ، ولداً كان أو بنتاً ، سن الرشد فيخير بين الأبوين ، لأن الولاية على النفس لا تقل شأناً عن الولاية على المال إن لم تزد . كما أننا نرى أنه لا ينبغى أن يمنع من إسنادها للأم زواجها بأجنبى قد يكون أحنى على الصغير من أبيه نفسه فى بعض الأحيان ، وهى مسألة تقديرية للقاضى حسب ظروف كل دعوى .

(٢) راجع الطرق الحكمية ، المرجع السابق .

المدعى عليه ، فإنه إن حلف استحق ، وإن لم يحلف لم يحكم لـه بنكول المدعى عليه » .

وهكذا يشترط لرد اليمين فى الفقه الإسلامى أن يكون الخصم المردودة عليه اليمين على علم وبينة بما يحلف عليه ، أو بتعبير آخر ينبغى أن تتوافر فيه الشروط العامة فى وجوب اليمين ، فلا يحلف فيما لا يحيط به سوى علم المكلف باليمين أصلاً ، كما يشترط أن يرد على ذات اليمين الموجهة إلى الخصم فلا يجوز إضافة شيء إليها .

والحكم بيمين المدعى المردودة عليه لا يرجع إلى الحجة التى يضعها المدعى لنفسه بهذه اليمين ، وإنما يرجع إلى رضاء الموجهة إليه اليمين بذلك عوضاً عن اليمين التى عليه ، ذلك أنه يجوز للمرء أن يُلزم نفسه بما لم يكن ملتزماً به أصلاً ، والقضاء للمدعى بيمينه المردودة عليه إنما يرجع إلى التزامه الأصلى بالحلف والتزامه البدلى برد اليمين فى حالة عدم الحلف .

ومتى كان رد اليمين جائزاً ترتب عليه الأثر الشرعى ، فإما أن يحلف المردودة عليه اليمين ، فيكسب دعواه ، وإما أن ينكل فيخسرها .

ولا يجوز التسلسل فى رد اليمين ، بمعنى أن المردودة عليه ليس له إلا أن يحلف أو يعتبر ناكلاً ، فلا يجوز له أن يرد اليمين عن نفسه .

الفرع الثالث

الصلح

من المبادئ الأساسية فى قضاء الإسلام ، الصلح . وفى ذلك يقول عمر ابن الخطاب « والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً وأحل حراماً » ، فالصلح أساساً لا يجوز إلا إذا كانت أحكامه تتفق مع مبادئ الإسلام ، فلا يجوز الصلح بين الخصوم على مخالفتها .

وجوب عرض الصلح على الخصوم

١٣١ — عرض الصلح واجب فى الإسلام ، وفى ذلك يقول الله تعالى فى سورة النساء « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليماً خبيراً » ، ويقول تعالى « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » ، ومؤدى هذه النصوص القاطعة وجوب عرض الصلح على المتخاصمين ، ولا سيما فى حالة

الزوجين إذا نشب بينهما شقاق ، أو بين الناس إذا تقاتلوا .

وواجب القاضي في عرض الصلح يظل قائماً ما استمرت الدعوى متداولة أمامه ، ويستحسن أن يبادر إلى عرض الصلح على الطرفين قبل ولوغهما في إثبات مدعاهم حتى لا يستبد صاحب الحجة الظاهرة ويعرض عن الصلح.

وحكمة عرض الصلح هي الحد من تفاقم الضغينة في نفوس الخصوم تبعاً لاستمرار الخصومة ، ومتى انتهت بثبوت حق أحد الطرفين أو انتقاص مدعى أحدهما ، خرج من مجلس القضاء وقد زادت ضغينته وشرست عداوته ، حالة أن الصلح يبلسم الجراح ويشفي ما في الصدور ، لانبعاثه عن رضاً واختيار وليس عن قصر وإجبار . وهكذا ينبغي أن يبدأ القاضي مهمته بمحاولة التوفيق بين طرفي الخصوم ، على أن يحذر القطع برأي في حجة أيهما ، أو أن يصدر عنه ما يفصح عن هذا الرأي ، وألا ينحاز إلى أحدهما حتى يخلص الصلح من كل شوائب القهر فلا يستشعر الخصم أن حقه لا محالة ضائع إذا لم يقبل الصلح .

وليس عرض القاضي للصلح عملاً شكلياً بحتاً ، وإنما يلتزم به القاضي إلتزامه بالحكم في الدعوى ، فهو عماد أساسي من عمد القضاء الإسلامي ، ولا جناح عليه بعد ذلك إذا لم يتم الصلح ، وحسبه أن تكون محاولة الصلح قد كشفت له عن لدد أحد المتداعيين وعنته بما يمهد له طريق الفصل في النزاع ، ويهدي خطاه إلى سبيل الحق .

عدم جواز مخالفة الصلح للاحكام الشرعية الملزمة

١٣٢ — يجب على القاضي أن يتحرز تماماً من وقوع الصلح مخالفاً للأحكام الملزمة في الشريعة الإسلامية(١). فلا يجوز الصلح أساساً ، ولا يجوز عرضه بالتالي إذا كانت المنازعة تقوم على جحود أحد الطرفين لحق من حقوق الله ، إلا أن يسلم الجاحد بهذه الحقوق . ولا يسوغ قيام الصلح أيضاً على التفريط في حقوق الله بأية صورة من الصور ، ولا ينفذ مثل هذا الصلح حتى ولو أقره القضاء ؛ والمقصود بحقوق الله في الفقه الوضعي هو أحكام

(١) فإذا صالح إنسان آخر على أن يسق أرضه من نهره أو عينه مدة ولو معينة لم يصح لعدم ملكه الماء ، وإن صالحه على سهم منها كثلث ونحوه جاز وكان بيعاً للقرار والماء تابع له . ويصح أن يشتري ممراً في ملك غيره أو موضعاً في حائط يفتحه باباً — أنظر كشاف القناع جـ ٢ ص ١٩٧ .

القانون التي لا يحل للخصوم أن يتفقوا على مخالفتها على تقدير أنها أحكام ملزمة ، وتلك التي يكون التصالح عليها أمراً غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب .

أما غير ذلك من القواعد القانونية الوضعية ، فليس ثمت ما يمنع من الاتفاق على مخالفتها ، وهذه وحدها التي يرد عليها الصلح بين الخصوم .

وتعويلاً على ما تقدم ، فإن بناء الحكم على صلح ارتضاه أحد الخصوم لجهله بالأحكام الشرعية الملزمة ، أو نتيجة خطأ القاضي ذاته ، وليس الخصم فحسب ، في تطبيق هذه الأحكام ، يبطل الحكم في الإسلام ، ويجوز للخصم ولوج باب التقاضي مرة أخرى . ويجوز للقاضي أن يعدل عن قضائه ذاك الباطل ، ذلك أن القضاء في الإسلام ربط بين سلامة الحكم وبين حجيته وقوته ، ويجعل الأولى مناط الثانية ، فالحكم الصحيح هو الذي يتحصن بالحجية(١) التي تتجاوز الخصوم إلى الكافة في أربع حالات : الحرية والنسب والنكاح والولاء .

الفرع الرابع
الجرائم والحدود

١٣٣ — من القواعد المستقرة في التشريع الجنائي ، قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات ، وهي ذات شقين : أولها أنه لا جريمة إلا بنص ، والثاني أنه لا عقوبة إلا بنص ، ومن مقتضى ذلك أنه لا يمكن العقاب على فعل مهما كان شائناً ما دام الشرع لم يجرمه ويقرر له عقوبة . والمشرع الوضعي ، وهو يحدد الجرائم ويقرر العقوبات ، غير منزه عن الهوى أو الميل ، وهو فوق ذلك يفتقر إلى الكمال ، ومن المقرر في القواعد الأصولية أن فاقد الشيء

(١) والحجية تنصب على الحق محل النزاع وسببه ، فلا تجوز المحاجة أمام القضاء في ذات النزاع مرة أخرى . وتبطل الأحكام في الفقه الإسلامي إذا صدرت من قاض لا ولاية له أصلاً ، أو إذا كان الحكم مبنياً على الجور أو الجهل أو الخطأ في تطبيق الأحكام الشرعية . وأوجه البطلان هذه تختلف عن تباين الاجتهاد عند القضاة ، فإذا كان الحكم مبنياً على الاجتهاد المحض دون أن يشوبه وجه من وجوه البطلان ، ثبتت له حجيته حتى ولو عدل القاضي عن اجتهاده الأول إلى اجتهاد آخر يخالفه . ويروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في حادثة ثم عاد فقضى فيها بخلاف ما سبق . فسئل عن ذلك فقال : « تلك كما قضينا ، وهذه كما نقضي » ، ويروى عنه كذلك قوله « لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس أن تراجع فيه الحق » .

لا يعطيه ، ومن ثم لا يمكن أن يكون التشريع الذى يضعه الإنسان كاملاً .

ولعل خير مثال لقصور التشريع الوضعى ، جريمة الزنا . فهى فى الدين كل اتصال محرم بين رجل وامرأة سواء كان أحدهما أو كلاهما متزوجا أو غير متزوج ، حالة أنها فى القانون خيانة العلاقة الزوجية ، ومن ثم فلا يتصور وقوع الزنا إلا مع قيام الزواج . وبعض القوانين اعتبر الزنا جريمة معاقبا عليها دون أن يفرق بين جريمة الزوج وجريمة الزوجة ، سواء من حيث الأركان المكونة للجريمة أو من حيث العقوبة المقررة لها ، كالقانون الألمانى ، واعتبرها البعض الآخر جريمة مع التفرقة بين الزوجة والزوج ، سواء من حيث العناصر التى تتم بها الجريمة أو من حيث العقوبة المقررة لكل منهما ، كما فعل كلا القانونين الفرنسى والمصرى . بينما اعتبرت بعض القوانين الخيانة الزوجية عملاً غير مؤثم ، شأنه شأن العلاقات الأخرى الآثمة التى تقع من غير المتزوجين ، ومن القوانين التى تحت هذا النحو ، القانون الإنجليزى والقانون الروسى .

ولم يقتصر عيب التشريع فى جرائم الأخلاق على جريمة الزنا ، وإنما ثمت حالات أخرى نكتفى منها فى هذه العجالة بالإشارة إلى جريمتين أخريين .

الجريمة الأولى : جريمة هتك العرض إذا وقعت بالرضا ، فهى لا تعتبر فى القانون عملاً مؤثما إلا إذا وقع على قاصرة لم تتجاوز الثامنة عشرة ، فإن تجاوزت هذه السن فلا إثم على فاعله . وفى عبارة أخرى فرض القانون حماية الأعراض حتى بلوغ الثامنة عشرة ، أما بعد بلوغها فيكون الشخص حراً فى عرضه ، مع أنه يعتبر قاصراً بالنسبة لتصرفاته المالية التى لا تنعقد صحيحة إلا ببلوغه الحادية والعشرين ، وهى مفارقة عجيبة من القانون تظهره ؛ بما وضعه من أحكام ، أحرص على المال منه على العرض .

الجريمة الثانية : جريمة الاعتياد على ممارسة الدعارة التى يحكمها القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٠ ، وهى الجريمة التى تقوم بالنسبة للمرأة ، لا على أساس الرغبة فى إشباع اشتهائها الجنسى ، وإنما تقوم على أساس السعى وراء الكسب ، فتقدم نفسها من الناحية العرضية لكل من يطلبها دون تمييز بين شخص وآخر . وهذه الجريمة لا تكتمل أركانها فى القانون إلا بالاعتياد على ممارستها (المادة ٩ فقرة ٥) . والاعتياد قانوناً يتوافر بإباحة الجسد مرتين

على الأقل مع تكرار المقابلة أو المناسبة[1] ، فلا يتوافر إذا أرضت امرأة شخصاً واحداً أكثر من مرة فى مقابلة واحدة ، حتى ولو طالت فترة تلك المقابلة أياماً . ورغم أن الدعارة ظاهرة تخضع للعرض والطلب ، فقد عالجها القانون من جانب واحد فقط هو جانب العرض دون جانب الطلب ، مع أن الدعارة مرض اجتماعى ، إذا أريد القضاء عليه ، وجب مقاومته من الجانبين معاً ، وهـذا عيب يضاف إلى عيب اشتراط التكرار واشتراط أن يكون البذل بمقابل ، وهى شروط لا محل لها إذا كان الغرض من تأثيم الدعارة هو حماية المجتمع وصيانة الفضيلة .

وإذا كان لم يعد مستساغاً أن تختلف جريمة زنا الزوج عن جريمة زنا الزوجة ، كما لم يعد مقبولاً أن ينظر القانون إلى المـال نظرة أعلى من العرض[2] ، فإنه لم يعد مستساغاً ولا مقبولاً كذلك أن تقوم الدعارة على التكرار والكسب والعرض دون الطلب .

---

(١) قضت محكمة النقض بأن « . . تكرار العمل من تأتى الدعارة فى مسرح واحد للإثم لا يكفى لتكوين العادة ولو ضم المجلس أكثر من رجل ، ذلك أن الاعتياد إنما يتميز بتكرار المناسبة أو الظرف » – نقض جنائى فى ٧ مايو سنة ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٣٧ .

(٢) اختص القانون الزوج دون غيره بعذر الاستفزاز المنصوص عليه فى المادة ٢٣٧ عقوبات التى تنص على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبة المقررة للقتل العمد » ، فلا يستطيع أب أن يدفع المنكر عن ابنته ، ولا ولد عن والدته ، ولا أخ عن أخته إذا شاء القدر ومكن أيا منهم من رؤية العلاقة المحرمة ، وليس لأحدهم أن يتذرع بقيام حالة الدفاع الشرعى عن العرض ، لأن العلاقة الآثمة فى تلك الصور جميعاً لا تعتبر جريمة فى نظر القانون ما دامت وقعت بالرضا من تجاوزوا سن الثامنة عشرة . هذا إلى أن القانون اعتبر استفزاز الزوج عذراً مخففاً ولم يعتبره استعمالا لحق مشروع ، الأمر الذى يؤدى إلى مساءلة الزوج القاتل عن الجريمة مهما كانت عقوبتها مخففة ، أما اعتباره استعمالا لحق مشروع فينفى عن العمل صفة الجريمة ويجعله عملا مباحاً لا عقاب عليه ، وهو ما فعله القانون فى حالات كثيرة منها ما هو أقل أهمية وخطورة من الاستفزاز ، كالدخول ليلا فى منزل مسكون أو أحد ملحقاته الذى يشفع فى القتل إن رأى صاحب المنزل ضرورة لذلك ، وشتان بين اقتحام منزل وبين انتهاك العرض ، فالأول دفاع عن المال والثانى دفاع عن العرض ، والأخير أولى بالدفاع وأجدر بالرعاية من المال ، ذلك أن استقراء الأحكام الشرعية دل على أن المصالح التى قصدها الشارع بأحكامه ترجع إلى ثلاثة أنواع : ضرورى وحاجى وتحسينى . والضروريات هى التى لا تقوم حياة الناس إلا بها ، وهى بحسب ترتيب أهميتها : الدين والنفس والعرض والمال والعقل . فالعرض كما يبدو من الترتيب مقدم على المال .

١٣٤ — وحين يستجيب القانون إلى دعوة المجتمع فيسوّى بين المتزوج وغير المتزوج ، وبين جريمة المرأة وجريمة الرجل فى جريمة الزنا ، وبين الصغيرة والكبيرة فى جرائم هتك العرض ، وبين المحترفة بأجر وغيرها ، وبين من يعرض الرذيلة ومن يطلبها فى جرائم الدعارة ، يكون قد استجاب إلى تقرير الحكم المثالى فى الشريعة الإسلامية ، ذلك الحكم الذى وضع القاعدة فى كلمتين هما « الزانية والزانى » فسوّى فى سبيل حماية الفضيلة وبناء المجتمع تسوية مثالية بين الجميع : الرجل والمرأة ، والمتزوج وغير المتزوج ، والمحترف وغير المحترف . والقانون إذ يستجيب إلى ذلك كله ، يكون فى الوقت الذى حقق فيه المثالية ، كما جرت بها الشريعة الإسلامية ، قد بلغ نهاية الطريق الذى يسير فيه تدريجياً نحو أحكام الشريعة الغراء ، فقد سبق أن ألغى فى جريمة زنا الزوجة شرط الخليلة الذى كان عليه حكم القانون قبل تعديل ١٩٣٧ ، وشرط تكرار الفعل ، وحين حمى المجنى عليها فى جرائم هتك العرض برفع سنها من السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة ، وحين وضع المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ ، ثم القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٠ لتأثيم بعض أفعال الدعارة .

دوء الحد بالشبهة :

١٣٥ — القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الحدود تدرأ بالشبهات . وسند هذه القاعدة قوله ﷺ « إدرءوا الحدود بالشبهات » . وليس فى فقهاء المسلمين من ينكر هذه القاعدة إلا أصحاب الفقه الظاهرى ، إذ يرون أن الحد لا يدرأ بالشبهة ، ولا يسلمون بصحة ماروى عن الرسول فى ذلك . والشبهة عند فقهاء المسلمين هى وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته . والشبهة قد تكون موضوعية متصلة بأركان الجريمة ، أو شكلية

= أما الشريعة فقد أقامت أحكامها على أسس سليمة وقواعد مستقيمة ، فجعلت الدفاع عن العرض كالدفاع عن النفس حقاً للكافة ، بل إن بعض الفقهاء اعتبر الدفاع عن العرض واجباً وليس مجرد حق ، وفرق فى الشريعة بين الحق والواجب : فالحق هو الذى يتضمن التخيير بين الفعل وتركه ولا يعتبر صاحبه آثماً بالفعل أو الترك ، أما الواجب فهو الذى لا تخيير فيه ويعتبر تاركه آثماً شرعاً بتركه . وبذلك يكون من يتخلى عن الدفاع عن العرض آثماً عند من يقول بأنه واجب . والدفاع على هذا النحو أمر مقرر للزوج ولغيره من سائر العباد — أنظر المستشار أحمد موافى ، المرجع السابق ص ٩٥ .

متصلة بإقامة الدليل على الجريمة ، ومن الأمثلة على النوع الأول ، شبهة الملك فى سرقة المال المشترك ، وشبهة الملك فى سرقة الأب من ابنه لقول الرسول ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ومن الأمثلة على النوع الثانى ، العدول عن الإقرار إذا لم يكن من دليل سواه ، أو عدول الشهود إذا لم يكن ثمة دليل غير شهادتهم .

وقد اهتم الفقهاء بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها من حيث الشبهة فى المحل ، والشبهة فى الفاعل ، والشبهة فى الجهة ، والشبهة فى الفعل وأذكر على سبيل المثال ما قيل عن الشبهة فى المحل فى خصوص جريمة السرقة : يقول الفقهاء إنه يشترط فى هذه الشبهة أن تكون ناشئة عند حكم من أحكام الشريعة : فالسرقة محرمة بنص القرآن بقوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والرسول ﷺ يقول « أنت ومالك لأبيك » والحديث يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم الآية التى تحرم السرقة وتعاقب عليها بالقطع ، لأن الحديث يجعل الولد وماله ملكاً للأب ، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكماً ، فالشبهة فى المحل تتحقق بقيام دليل شرعى ينفى الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل .

أما الشبهة فى الفاعل فمثالها من يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظنّ الفاعل واعتقاده .

ويقصد بالشبهة فى الجهة الاشتباه فى حل الفعل وحرمته ، فكل ما اختلف الفقهاء فى جوازه يقوم الاختلاف فيه شبهة ويدرأ به الحد كالزواج بلا شهود حيث أجازه مالك ولم يجزه غيره .

وتثبت الشبهة فى الفعل فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثم دليل سمعى يفيد الحل ، بل ظنّ غير الدليل دليلا ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثا فى عدتها .

ما يترتب على دوء الحدود بالشبهات :

١٣٦ — يترتب على دوء الحدود بالشبهة أحد أمرين : إما تبرئة المتهم ، وإما إحلال عقوبة التعزير محل الحد . أما تبرئة المتهم فتكون فى حالات ثلاث :

١ — إذا كانت الشبهة قائمة فى ركن من أركان الجريمة .

٢ – أن تكون الشبهة قائمة فى انطباق النص على الفعل ، وهذه هى التى تعنينا فى موضوع البحث ، ومثالها الزواج بلا شهود . فلا عقاب على الزوج باعتباره زانياً لأن العلماء قد اختلفوا فى أمر هذا الزواج فأحله البعض وحرمه البعض الآخر ، وهذا الاختلاف معناه الشك فى انطباق النص[1] .

٣ – أن تكون الشبهة قائمة فى ثبوت الجريمة . ومثالها أن ينسب إلى شخص مجنون جنوناً متقطعاً أنه سرق ، ولم يعلم إن كان قد ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون ، فيدرأ عنه الحدّ لشبهة عدم التكليف .

وفيما عدا الحالات الثلاث السابقة ، فإن تطبيق القاعدة إذا أدّى لدرء الحدّ فإنه يؤدى فى الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أياً كان مصدر الشبهة . فالأب يُدرأ عنه الحد فى سرقة مال ولده ولكنه يعزر لأن الدرء كان لشبهة فى المحل ، ومن سرق مالاً مباحاً أو تافها يعزر عند أبى حنيفة لشبهة التفاهة والإباحة ، ومن أقر بالسرقة ولا دليل عليه إلا إقراره ثم عدل كان عدوله شبهة تدرأ الحد ويعزر ما لم يتبين عدم صحة الإقرار من أوله ، كأن كان نتيجة إكراه ، فإن المتهم يحكم ببراءته .

عذر صغر السن

١٣٧ – فرّقت الشريعة الإسلامية بين مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى : وينعدم فيها الإدراك : وهى من الولادة حتى السابعة ، ويسمى فيها الإنسان بالصبى غير المميز . وقد اعتبر الفقهاء بلوغ هذه السنّ شرطاً للتمييز لأنه وصف منضبط ، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغ السابعة لا يُسأل جنائياً ، فلا يقام عليه حد ولا يقتص منه ولا يعزّر . ولكنه يُسأل فى ماله عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره ، لأن القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة ، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى العصمة ، بمعنى أنّ الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقط ولو أسقطت العقوبة .

والمرحلة الثانية : وهى تبدأ من السابعة وتنتهى بالبلوغ الذى يحدده الفقهاء بخمسة عشر عاماً ، ويسمى الصغير فيها بالصبى المميز . وفى هذه المرحلة لا توقع على الصبى عقوبات جنائية ، وإنما يُسأل مسئولية تأديبية . فلا يقام

(١) سنرى أن التعبير الصحيح الذى يفترض العلم به ، فى القوانين الوضعية . هو ما يتوسل به الشخص المعروضة عليه الدعوى .

عليه حد ولا يقتصّ منه ولا يعزر إلا بما يعتبر تأديباً كالتوبيخ والضرب[1] .

الباعث وتأثيره على المسئولية الجنائية

١٣٨ – سلكت الشريعة الإسلامية مسلكاً يختلف عن مسلك القانون حين قررت حدوداً لجرائم معينة روعى أنها بالغة الخطر فى كل زمان ومكان .

والقصاص فى النفس مثل الحدود يعتبر عقوبة ذات حد واحد ، بمعنى أن العقوبات فى الحدود والقصاص واحدة بالنسبة للجميع لا تزيد ولا تنقص ، وذلك على عكس جرائم التعازير التى يجوز أن تتغير العقوبات المقررة لها بتغير الظروف والزمان والبيئة .

وقد فرقت الشريعة الاسلامية بين جرائم الحدود والقصاص والتعازير بالنسبة للبواعث ، وقبل أن نعرض لأحكامها نتصدّى لشبهة ربما تثير التساؤل وهى أن البواعث الطيبة قد تعتبر من مبيحات الجرائم استنادا إلى أمرين : أولهما ما ورد فى قصة الخضر مع موسى عليه السلام ، وثانيهما ما ورد فى الحديث الشريف « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » . أما قصة الخضر مع موسى عليه السلام فقد أجملتها الآيات الكريمة « فانطلقا حتى إذا ركبا فى السفينة خرقها ، قال أخرقتها لتغرق أهلها لقد جئت شيئاً إمراً . قال ألم أقل إنك لن تستطيع معى صبرا ، قال لا تؤاخذنى بما نسيت ولا ترهقنى من أمرى عسراً . فانطلقا حتى إذا لقيا غلاما فقتله قال أقتلت نفسا زكية بغير نفس لقد جئت شيئا نكرا ، قال ألم أقل لك إنك لن تستطيع معى صبرا » .

وخرق السفينة جريمة إتلاف تستوجب التعزير ، وقتل الغلام جريمة تستوجب القصاص ، ومع ذلك علّل باعث الإتلاف المبرر له بقوله « أما السفينة

(١) أخذ قانون العقوبات المصرى بفكرة المسئولية الأدبية ولطفها فى صورة تدابير هى التسليم إلى الوالدين أو لمن له حق الولاية على النفس ، أو الإرسال إلى مدرسة إصلاحية ، أو التوبيخ . وكان الضرب من وسائل التأديب وألغى منذ عام ١٩٣٧ عند تعديل قانون العقوبات . كما أخذ القانون أيضاً بفكرة عدم توقيع عقوبة الإعدام فى مرحلة الصبى المميز واعتبرها تنتهى بالسابعة عشرة .

هذا ولم تجز الشريعة الإسلامية توقيع أية عقوبة جنائية فى مرحلة الصبى المميز ، وأجازت تأديبه فقط ، فهى بذلك تسمو على توقيع عقوبة الحبس من الثانية عشرة والسجن من الخامسة عشرة – أنظر المواد ٦٤ و ٦٥ و ٦٦ و ٧٢ من قانون العقوبات .

فكانت لمساكين يعملون فى البحر فأردت أن أعيبها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا » . وعلل باعث القتل المبرر له بقوله « وأما الغلام فكان أبواه مؤمنين فخشينا أن يرهقهما طغيانا وكفرا ، فأردنا أن يبدلهما ربهما خيرا منه زكاة وأقرب رحما » .

فنفى شرف الباعث فى الحالتين صفة الجريمة ، بل وجعلها عملاً صالحاً .

والرأى عندى أن هذه حالة خاصة لا يقاس عليها بالنسبة لسائر البشر ، وأن هذا كان علم الله للخضر وحكم الله فيهما بدليل قوله تعالى « فوجدا عبدا من عبادنا آتيناه رحمة من عندنا وعلمناه من لدنا علما » وقوله « وما فعلته عن أمرى ذلك تأويل ما لم تسطع عليه صبرا » .

وأما قول الرسول ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » فيمكن تفسيره فى ضوء التفرقة بين ما قاله الفقهاء عن العصيان وقصد العصيان، فالعصيان عندهم هو فعل المعصية ، أى إتيان الفعل المحرم دون قصد من الجانى ، فمن يلقى حجرا من نافذة ليتخلص منه فيصيب به مارا فى الشارع ، يعتبر فاعلا لمعصية هى إصابة غيره دون أن يكون لديه قصد العصيان . أما قصد العصيان فهو اتجاه نية الجانى إلى الفعل مع علمه بأنه محرم ، أو بعبارة أخرى هو فعل المعصية بقصد العصيان ، كملقى الحجر من النافذة إذا أراد أن يصيب به شخصا مارا فى الطريق .

وفى ضوء هذه التفرقة بين العصيان وقصد العصيان ، يمكن حمل النية فى الحديث الشريف فى محيط الجرائم على أنها قصد العصيان ، أى قصد ارتكاب جريمة عمدية ، فإذا لم يقصد العصيان ، فإن الجانى يكون مسئولاً عن جريمة غير عمدية ، لأن الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى .

أما عن تأثير الباعث على المسئولية ، فى الشريعة الإسلامية ، فقد فرقت الشريعة بين التعازير والقصاص والحدود . فأخذت فى التعازير بفكرة الظروف القضائية المخففة والمشددة ، وفى القصاص بفكرة العذر القانونى المخفف عند العفو من ولى الدم ، وفى الحدود استبعدت فكرة الباعث أصلا من التأثير على العقوبة لأنها محددة بالنص لا تزيد ولا تنقص وفُتح فيها باب التوبة الذى يعتبر أصلا لنظام الاختبار القضائى فى علم العقاب .

وغنىٌّ عن البيان أن ثم فارقا بين القصد الجنائى(1) كعنصر من عناصر

---

(١) القصد الجنائى نوعان : عام وخاص . وثمة رأى فى الفقه القانونى يقول إنه لا يوجد سند فى القانون لاشتراط نية إزهاق الروح لأن كلمة « عمداً » التى وردت فى النص لا تدل على أن القصد فى جريمة القتل قصد خاص . فعلم الجانى يقيناً أو بالأحرى تصوره النتيجة التى ستترتب على فعله ، ومضيه فى العمل وهو عالم بها ، تقوم به جريمة القتل العمد مع انعدام نية إزهاق الروح لديه وذلك بالنظر إلى مجرد فعل الاعتداء العام المجرد من نية إزهاق الروح ، أى بالنظر إلى القصد العام دون القصد الخاص ، لارتباط النتيجة بما أقدم عليه من عدوان . وفى ذلك يقول الدكتور عبد المهيمن بكر فى كتابه «شرح قانون العقوبات»: الغرض ليس أمراً يزف إلى الجانى أو يلصق به عن طريق إعمال قواعد المنطق والرياضة ، ولكنه حقيقة واقعة تقوم على شعور نفسى بأن هذا الشىء أو هذه النتيجة تشبع حاجة الجانى ، ومن المألوف أن يبحث الشخص من بين النتائج المتلازمة عما يشبع حاجته دون ما عداه مما يرتبط به .

وفى الفقه القانونى تشعبت الآراء حول فكرة الباعث ويمكن ردها إلى ثلاثة مذاهب : الأول ويرى أن البواعث مسألة قضائية يترك أمرها للقاضى ، فهو يستعمل الرأفة مع المتهم أو يقسو عليه حسبما يرى من ظروف القضية المطروحة عليه مع وضع ضوابط قانونية لذلك، وهذا هو مذهب القانون المصرى الذى ترك القاضى فى معظم الأحوال أن يختار عقوبة بين عقوبتين ، وأن يعين مقدارها من بين حدين ، كما وضع نظاماً عاماً للتخفيف فى المادة ١٧ من قانون العقوبات ينزل القاضى بمقتضاه بالعقوبة درجة أو درجتين .

والمذهب الثانى : لا يرى ترك الأمر بيد القاضى إلا إذا أراد أخذ المتهم بالشدة فى نطاق العقوبة المقررة بالنص . أما إن وجدت بواعث شريفة فإنها تعتبر أعذاراً قانونية يلتزم بها القاضى ويتعين عليه تخفيف العقوبة بمقتضاها . وقد نهج هذا المنهج قانون العقوبات الإيطالى فنص فى المادة ٦٢ على أن تخفف العقوبة على من تصرف مدفوعاً ببواعث ذات قيمة أخلاقية أو اجتماعية . كما نهجه كذلك قانون العقوبات السويسرى فى المادة ٦٣ ، وقانون العقوبات الأسبانى فى المادة ٩ ، وقانون العقوبات اليونانى فى المادة ٨٤ . أما قانون العقوبات المصرى فقد نهج هذا النهج فى حالتين أوجب فيهما أخذ المتهم بالرأفة، وهما حالة من يقتل زوجته هى ومن معها إذا فاجأها متلبسة بجريمة الزنا ، وكذلك من يتجاوز حدود حق الدفاع الشرعى بحسن نية ، فأوجب الحكم فى هاتين الحالتين بعقوبة الحبس بدلا من العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد .

والمذهب الثالث : ويرى أن البواعث الاجتماعية أو الشريفة تدخل فى نطاق البواعث المشروعة وتعتبر سبباً للإعفاء من العقاب كلية ، وهو اتجاه على إطلاقه غير سليم ، لأنه خلط بين البواعث الشريفة والبواعث المشروعة التى تدخل فى دائرة استعمال الحق والذى ينحسر فيه عن مرتكب الجريمة كل مسئولية جنائية لأن الفعل إذا حمل على ارتكابه باعث مشروع يعتبر مباحاً ، كاستعمال حق الدفاع الشرعى أو حق التأديب أو مزاولة الحق المقرر للأطباء فى إجراء العمليات الجراحية ، فمن يزاول حقاً من هذه الحقوق لا مسئولية عليه متى توافرت شروط الحق المخول له قانوناً .

ارتكاب الجريمة وبين الباعث على ارتكابها . فالقصد هو انصراف الإرادة إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بارتكابها وبأنها محرمة شرعاً ومعاقبٌ عليها . فى القتل نعلم أنه يزهق روح إنسان حىّ وأن الشرع يعاقب على ذلك .

وعدم العلم بالواقعة ينفى القصد الجنائى ، أما عدم العلم بالحكم الشرعى فإنه لا ينفيه كقاعدة عامة لأنه لا يقبل من إنسان أن يدفع بالجهل بالأحكام ، ولا سيما فى الجرائم المعاقب عليها فى جميع الأديان .

الكتاب الثانى
فى
القوانين الوضعيّة

تمهيد

نظرة فى القانون ومصطلحاته ونظمه ومذاهبه

١٣٩ ــ القانون هو مجموعة القواعد العامة التى تنظم الروابط الاجتماعية، والتى تلزم السلطة العامة الأفراد باحترامها، بالقوة عند الاقتضاء، وذلك بتوقيع الجزاء على من يخالفها[1]. وقد قلنا فى التمهيد للكتاب الأول إن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن، وأنه ظل يتبدّل ويتطوّر حتى وصل إلى شكله الحالى، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه حاليا إلا بعد تطوّر طويل عبر آلاف السنين. وقبل أن نستطرد، فى عجالة، إلى بحث علاقة قواعد القانون بالقواعد الاجتماعية الأخرى، نرى من المناسب تحديد بعض المصطلحات القانونية تحديداً يمهّد طريق هذا البحث.

فالقاعدة القانونية **Regle Juridique** هى الوحدة القانونية التى تضع حلا لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة، وهى بالنسبة للنظام القانونى كالفرد بالنسبة للمجتمع. فقيام الأسرة مثلاً يتطلّب أن يقوم زواج بين شخصين. فمتى يعتبر هذا الزواج تاما، وما آثاره، ومتى ينقضى؟ هذه الروابط العديدة التى تنشأ بين الزوج وزوجته فى هذا الإطار، يرد حكم كل رابطة منها فى القاعدة القانونية.

أما النظام القانونى **institution Juridique** فيقصد به مجموعة القواعد التى تحكم روابط قانونية من نوع واحد، أى يتكون من مجموع القواعد القانونية التى تساهم فى تنظيم ناحية معينة من نواحى الحياة فى المجتمع كنظام الأسرة ونظام المعاملات ونظام المحاكم.

أما الشريعة القانونية[2] **Systeme Juridique** فهى مجموعة الأنظمة القانونية

---

(١) رأينا فى الكتاب أن الأحكام الشرعية تمتاز بالمعنى التعبدى الروحى الذى يكمل تربية الضمير الروحى، كما يلازمها الوازع الدينى، وفيهما أعظم كفيل بإطاعة القانون. وليس للشرائع الوضعية من ذلك شىء.

(٢) الأحكام الشرعية أوسع نطاقاً من الشرائع الوضعية وبخاصة فيما يرجع إلى الفضائل والرذائل، فجميع الفضائل مأمور بها فى الشريعة، فهى واجبة، والرذائل جميعها

التى تجمعها رابطة مشتركة واتجاه متجانس ، وتحكم فى الغالب مجموعة من البشر متجانسة أو تقع تحت حكم واحد . وقد نادى الأستاذ دافيد بتقسيم رباعى رئيسى للشرائع القانونية الحديثة التى سمّاها بالعوائل القانونية وهى : (١)

١ – الشريعة الرومانية **La famille Romano-Germanique** التى تهيمن على الأنظمة القانونية فى معظم الدول الأوربية ، وتعدّى أثرها حـدود الإمبراطورية الرومانية القديمة وشمل جميع أنظمة دول أمريكا اللاتينية وبعض دول إفريقيا ودول الشرق الأوسط واليابان وأندونيسيا . وهى الشريعة التى تعتمد فيها مصادر القانون على التشريع كمصدر أساسىّ ، ثم العرف والقضاء والفقه والمبادىء العامة للقانون .

٢ – الشريعة الاشتراكية **Les droits socialistes** وهى النظام القانونى المطبق فى الاتحاد السوفيتى ، وأنظمة الدول الديمقراطية الشعبية .

٣ – الشريعة الأنكلوسكسونية **The systeme of the common law** وهى النظام القانونى الذى نشأ فى انجلترا عن طريق « محاكم العدل الملكية » منذ الفتح النورماندى . وتضم هذه الشريعة ، بجانب القانون الإنجليزى ، معظم الأنظمة القانونية فى البلاد التى تتـكلّم الإنجليزية ، كما أن لها بعض الأثر فى أنظمة بعض الدول التى خضعت لانجلترا من الناحية السياسية ، بيد أن هذه الشريعة تتبلور أحكامها بصفة خاصّة فى النظام الإنجليزى والنظام القانونى فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وإن كان هذا الأخير يختلف إلى حدّ كبير عن القانون الإنجليزى .

٤ – الشرائع الدينية والتقليدية **Droits religieux et traditionnels** كالقانون الإسلامى والقانون الهندى وقوانين الشرق الأقصى وبعض الدول الإفريقية التى لا تزال هذه الشرائع تلعب دوراً مهما فى قوانينها الوضعية .

ويبدو ومن هذا التقسيم أنه أقيم على أساس الغاية التى تحققها النظم القانونية لكل مجتمع من المجتمعات ، وكذلك الأفكار السياسية والاجتماعية والخلقية

= منهى عنها ، نهى محرمة ، وفى أحكام كل من النوعين المعنى الخلق والمعنى التعبدى الروحى مها قوتها وشمولها ، بخلاف الشرائع الوضعية فإنها مع جفافها لا تنظر إلى الفضائل والرذائل إلا النظرة المادية المجردة .

(١) **Rene David " Les grands Sylsemes de droits Contemporains" Dalloz 1964.**

والاقتصادية والدينية التى تسود المجتمع ذاته . ويقسم البعض(١) الشرائع القانونية على أساس الخلاف فى صياغتها إلى : (أ) النظم القانونية المتأثرة بالقانون الرومانى أو بمعنى أدق بالصياغة القانونية الرومانية . وتسمى هذه المجموعة أحياناً بأقطار القانون المدنى **Civil law countries** وتشمل إلى جانب القانون الفرنسى ، والقوانين اللاتينية جملة ، القانون الألمانى والقانون السويسرى ، وقوانين الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية وغيرها من القوانين الحديثة التى اقتفت أثر التقنين الفرنسى الحديث ، من ناحيتى الشكل والصياغة على الأقل . (ب) النظم القانونية غير المكتوبة أو ما يسمى ببـلاد القانون الأنجلوسكسونى ، أو أقطار القانون العمومى **Common law countries** ، وتشمل انجلترا وممتلكاتها والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الأقطار الأخرى ، ولهذا النظام طريقته من حيث الصياغة ، ومصادر القانون ، والاصطلاحات الخاصة به . (جـ) ويشمل القسم الثالث الشريعة الإسلامية التى تتميّز بصياغة قانونية خاصّة منبتّة الصلة بكلتا الشريعتين الرومانية والإنجليزية ، ولها طابعها الخاص ومنطقها القانونى وسماتها المميزة التى سبق الإشارة إليها (٢) .

وإذا كان القانون هو مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية ، فإن الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية هى التى تملى كيفية تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد الذين تنظم روابطهم قواعدُه . ومهما تباينت المبادىء التى تنزع بالبلاد المختلفة إلى تحقيق التوازن بين مصالح أفرادها المتعارضة داخل الجماعة بالطريقة التى تقتضيها ظروفها ، فإنه يمكن ردّها إلى مذهبين أساسيين ما فتئا يتنازعان الغلبة إلى الآن هما المذهب الفردى ، والمذهب الاشتراكى .

المذهب الفردى (٣)

١٤٠ – ظهرت النزعة الفردية خـلال القرن السابع عشر ، وبلغت

(١) أنظر « مبادىء القانون المقارن » للأستاذ عبد الرحمن البزاز ، ١٩٦٧ ص ٤٨ .

(٢) راجع ص ٣٠ – ٣٩ من الكتاب الأول .

(٣) هذا المذهب هو الذى أقام الحرية الفردية صرحاً شامخاً أدى إلى ارتباطه بما يسمى « بالليبرالية » . **Liberalism** فى الفكر السياسى . وهو وإن كان لم يكتمل نضجه إلا خلال القرون الثلاثة الماضية ، بيد أنه يمكننا أن نلمس جذوره لدى أبيقور **Epicure** وبركليس من الإغريق ، ثم عند الرواقيين **Stoics** على نحو أقل إيغالا فى الفردية ولكن أكثر انتشاراً . ثم جاءت المسيحية ، وهى تعلى قدر الإنسان فى ذاته ، وتدعو إلى المساواة بين بنى البشر ، =

ذروتها خلال القرن الثامن عشر على يد فلاسفة الثورة الفرنسية الذين أسسوا هذا المذهب على فكرة العقد الاجتماعي ، تلك الفكرة التي تقوم على أن الإنسان إنما ولد وأنه اتفق مع غيره من الأفراد على أن يتنازل كل واحد منهم عن جزء من حريته بالقدر اللازم والضروري لقيام الجماعة . أما القدر الذي بقى له من الحرية ، فهو حق مطلق له ، لا سبيل إلى المساس به . ويتأدّى من ذلك أن الفرد هو الهدف الأسمى ، فما وجد القانون إلا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها ، فالفرد ليس موجوداً لخدمة الجماعة وإنما الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد . فالقانون في نظر أصحاب هذا المذهب لا يتضمّن إلا قواعد سلبية

— لتكون أحد الأسس الأولى التي قام عليها المذهب . فلما كانت القرون الوسطى ، واجتاح الصراع الديني المرير أوروبا المسيحية ، لاذ المفكرون بالقيم الفردية ، ورفعوا شعارات الحرية الفكرية للخلاص من هذا الصراع . وظهرت بعد ذلك أفكار جون لوك لتكون إرهاصاً بما قال به من جاء بعده من آراء حول قيمة الإنسان وحرية الإنسان ، كما كان تصوير جان جاك روسو لحالة الفطرة وما كان يتمتع فيها الناس من سعادة وحرية ، سنداً لدعاة المذهب في دعاواهم وأخصها أن السلطة ضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها لا تعدوها ، ومن ثم وجب تقييدها ووضعها في أضيق نطاق ممكن بحيث لا تحول دون الفرد واستعمال كامل حريته وإمكانياته من أجل تأكيد ذاته والتعبير عن ذاته وتنمية ذاته . وإذا جاز لنا أن نورد بعض المحدثين من مثل المذهب ، فيحضرنا ، في الجانب السياسي ألكسيس توكفيل **Tocqueville** (١٨٠٥ — ١٨٥٩) وجون ستيوارت مل **J.S.Mill** (١٨٠٦ — ١٨٧٣) وفي الجانب الاقتصادي آدم سميث **A.Smith** (١٧٢٣ — ١٧٩٠) ، وجميعهم ينتمون إلى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، وهما القرنان اللذان بلغ فيهما المذهب أوج اكتماله كيما يبدأ بعد ذلك في الانحسار في أخريات القرن التاسع عشر وخلال القرن العشرين .

— وتوكفيل هو الذي نحت كلمة «**Individualism**» ـ أنظر دائرة المعارف البريطانية ط ١٩٦٧ ج ١٢ ص ١٦٢ .

— وجون ستيوارت مل هو الذي ذهب إلى إطلاق حرية التعبير عن الرأي من كل قيد إذ يقول « ليس للجنس البشري كله أن يقيد حرية فرد في أن يعبر عن رأيه إلا بنفس القدر الذي يكون فيه لذلك الإنسان الفرد الحق في تقييد حرية الجنس البشري كله إذا استطاع إلى ذلك من سبيل » — أنظر رسالته عن الحرية **Mill ; on liberty, London 1859. Suoted in Messages of Freedom, edited by B. H. Zaidi, 1963, P. 53.**

— وآدم سميث هو أشهر الاقتصاديين المدافعين عن الحرية الرأسمالية وأبعدهم أثراً . وكتاباه الأساسيان هما : المشاعر الأخلاقية **The Theory of Moral Sentiments** ، وبحث في طبيعة وأسباب ثروة الأمم **An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.**

تنهى كل فرد عن تجاوز دائرة نشاطه ، ومن الاعتداء على دائرة نشاط غيره من الناس . أما القواعد الإيجابية التي تلزم الأفراد بالعمل على ما فيه صالح الجماعة ، فإن القانون خلوٌ منها . وتأسيساً على ذلك يذهب دعاة المذهب الفردي ، في المجال السياسيّ ، إلى أن حق الحرية وحق المساواة بين الأفراد هما حقان طبيعيان لصيقان بالشخصية الإنسانية لا يجوز النيل منهما أو تقييدهما إلا بغية الحفاظ عليهما عندما تقضي بذلك الضرورة . أما في المجال الاقتصادي فيدعو المذهب إلى حرية اقتصادية كاملة لا تجيز للسلطة أن تتدخل في النشاط الاقتصادي الفردي أو أن تضع عليه القيود . إن من حق كل إنسان أن يعمل العمل الذي يريد وأن يترك ما لا يريد ، كما أن من حقه أن يتملك ما يستطيع تملّكه ما دام لا يعتدي على غيره في التملك ، فحق الملكية هو حق طبيعيّ مقدس لا يجوز تقييده . كذلك فإن سلطان الإرادة ، تعبيراً عن حرية الفرد ، يجب أن يسود العلاقات التعاقدية بين الأفراد ، وإذا اقتربت السلطة من هذا الميدان ، فإنما لتحمي ما للإرادة الفردية من سلطان وتعمل على إنفاذ مشيئتها . ودعاة هذا المذهب يقولون إنهم بذلك ، وبإعلاء قيمة الإنسان الفرد ، إنما يبنون المجتمع البناء السليم الذي ينبغي أن يكون عليه ، ذلك أن المصلحة الفردية عندهم تؤدي إلى تحقق مصلحة الجماعة التي ليست إلا جماع المصالح الفردية ، فالفرد حين يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة إنما يحقق في الوقت نفسه مصلحة المجموع دون أن يشعر .

المذهب الاشتراكي

١٤١ — كان شيوع المذهب الفردي ، في القرن الثامن عشر خاصّة ، نتيجة حتمية لاستبداد الملوك وطغيان الحكومات . وقد كان له شأن كبير في كفاح الاستبداد وتحقيق الحرية الشخصية . بيد أن مزايا ذلك المذهب استحالت إلى مساوئ في القرن التاسع عشر ، ولا سيما بعد الثورة الصناعية التي بدأت في انجلترا ثم في أوروبا الغربية ، وما صحبها من استغلال الرأسماليين الصناعيين للعمال الصناعيين استغلالاً بشعاً زاد من ثراء الأولين وفقر الآخرين ، الأمر الذي استرعى انتباه الكثيرين من دعاة العدل الاجتماعي ، وأوجد في الفكر الإنساني — على نحو أكثر راديكالية وعمقاً — تياراً يناهض الرأسمالية والمذهب الفردي بحسبانهما مصدر الآلام التي عانتها البشرية خلال القرنين

– الثامن عشر والتاسع عشر ، وهذا التيار هو الذى تبلور بعد ذلك فى المذاهب الاشتراكية .

والحق أن الدعوة إلى الاشتراكية أو إلى مفهوم العدل الاجتماعى بمعناه الواسع دعوة قديمة ، بيد أنّ تحوّل هذه الدعوة من أصوات فردية تدعو إلى تحقيق الخير ، إلى تجمّع قوّى عنيف يثيرها قضيّة قائمة على أساس علمى ، لم يتحقق بصورة حاسمة إلاّ خلال القرن التاسع عشر . ونقطة البــداية فى المذهب الاشتراكى هى رفض اعتبار الفرد هو المحور الذى تدور فى فلكه الحياة الإنسانيه ، واعتبار الجماعة هى الحقيقة الأساسية ، وأن حقوق الأفراد لا معنى لها إلا فى ظل التنظيم الجماعى ، وذلك كله يقوم على اقتلاع للمذهب الفردى من جذوره . وتلتقى المذاهب الاشتراكية فى مجموعها عند نظر مؤدّاه أن كل محاولة لتغيير صورة المجتمع من مجتمع لمستغلالى إلى مجتمع عادل لا يمكن تحققها مع بقاء الملكية الفردية التى ينبغى تنحيتها وإفساح الطريق إلى ملكية الجماعة لكل وسائل الإنتاج .

وفى ظل هذه الدعوة لا تُتصوّر الحرية بالمعنى التقليدى الذى يقوم عليه المذهب الفردىّ إلا مهيضة الجناح ، كما لا تُتصور السلطة إلا أخطبوطاً مادّاً أذرعته يطوّق بها كل جوانب الحياة(١) .

(١) وهذا يعنى بطبيعة الحال ، عند أنصار المذاهب الاشتراكية ، أن تختفى حرية القلة المستغلة فى ظل النظام الرأسمالى لتتأكد حرية الغالبية التى تحررت من قيود القهر لتشارك فى بناء المجتمع من ناحية ، وفى التمتع بثرواته ، التى كانت محرومة منها ، من ناحية أخرى .

ولا مراء أن الماركسية أقوى المذاهب الاشتراكية ، وهى نظرية متعددة الجوانب ، وأساسها الفلسفى يتمثل فى المادية الجدلية التى ترى أن المادة أسبق فى الوجود من الفكر وأنها هى الموجدة له ، وأن تاريخ المجتمعات كلها حتى يومنا هذا ليس إلا تاريخ الصراع بين الطبقات » . وهى تميز بين فترتين : الفترة التى تقوم فى أعقاب انتحار النظام الرأسمالى وهنا لا بد من وجود السلطة . واتساع نطاقها إلى أبعد مدى ممكن . والفترة الثانية التى يقوم فيها المجتمع الشيوعى ، وهنا تؤذن السلطة بالزوال لتحل محلها مؤسسات تلقائية لا تملك وسائل القهر لأنها لن تكون فى حاجة إليها – أنظر الأعمال المختارة لكارل ماركس فى جزءين ، وتاريخ الفكر الاشتراكى لكول ، والأنظمة السياسية المعاصرة للدكتور يحيى الجمل والمراجع المشار إليها ، والماركسية والثورة البلشفية للدكتور عبد الحميد حشيش .

وانظر كذلك : Essential Writings of Karl Marx, Edited by David Caute, Alondon Panther London, 1967.

والمذهب الاشتراكى لا يقتصر على أن يترك الفرد يسعد ، بل هو يلزمه – إذا نال السعادة – بالعمل على إسعاد الآخرين . ومن هنا ينبغى تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ، فيسهم كل منهم بنصيبه فى تحقيق الصالح العام المشترك ، أى يسهم كل فرد بقدر طاقته فيما يعود على الجميع بالخير ، فنقطة الابتداء إذا كانت عند المذهب الفردى ، هى الفرد وصالحه الخاص على تقـــدير أن خير الفرد يكون فى نهايته خير المجموع وصالحه ، تصـــبح عند المذهب الاشتراكى هى الجماعة وصالحها باعتبار أن خير المجموع سيتبعه خير الفرد وصالحه(١) . وهذا يؤدى إلى توسيع دائرة القانون ، فيحتشد بالقواعد الإيجابية التى تلزم الفرد بواجبات كثيرة تستهدف تحقيق سعادة المجموع وهنائه وتنتهى فى النهاية إلى تحقيق التضامن الاجتماعى Solidarité Sociale بين الأفراد ، ومن ثم تطورت وظيفة الدولة وتنوعت مع الأفراد علاقاتها ، وامتد القانون إلى مختلف آفاق النشاط فى الجماعة ، الأمر الذى تقلص معـــه كلا مبدأىْ سلطان الإرادة وحرية التعاقد . فالمذهب الاشتراكى أو الاجتماعى لا يؤمن بالعدل التبادلىّ بين الأفراد ، ولكنه ينادى بالعدل التوزيعى الذى تسيطر الجماعة ، أى الدولة ، على تحقيقه ، أى ينساب العدل من سلطة عليا تفيض به على الناس ، ومن هنا ارتفع هـــذا المذهب بكيان الجماعة إلى قمة التنظيم القانونى ، ويضحى الفرد خادماً لها ومسخراً لتحقيق الصالح العام فيها .

القانون وصلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى

١٤٢ – يحتاج المشتغل بالقانون فى سبيل اكتمال ثقافته القانونية إلى أن يدعمها بقسط من معرفة بعض العلوم الاجتماعية . فالدراسات التاريخية مثلا تلقى الضوء على التشريعات القديمة ، وتكفل للمشرع عنـــد وضع قاعدة جديدة أن يستفيد من تجارب الماضى . كما أن الدراسة التاريخية قد تعين على تفهم القواعد القانونية المطبقة فى الحاضر ، إذ كثيراً ما تكون القاعدة القانونية وليدة تطوّر طويل . ويتركز اهتمام المؤرخين اليوم بالأخص حول تاريخ النظم القانونية والسياسية فى القرن التاسع عشر .

وتؤثر دراسة الفلسفة تأثيراً كبيراً على العلوم الإنسانية كافة ، ففى مجال

(١) الدكتور حسن كيره ، الموجز فى المدخل للقانون ١٩٦١ ص ٩٠ – الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ١٩٦٥ ص ٣٢ .

القانون لا يمكن تأصيل الاتجاه القانونى للمجتمع إلا عن طريق الدراسات الفلسفية التى تُعين مثلاً على المفاضلة بين المذهب الاشتراكى والمذهب الفردى والأخذ بأيهما أو الجمع بينهما . كما أن الدراسات المتعلقة بعلم النفس تؤثر كذلك على قواعد القانون بوجه عام ، والقانون الجنائى بوجه خاص . وتنير أصول المنطق الطريق إلى إدراك مضمون القاعدة القانونية ، وتمهـــده إلى تفسيرها واستكناه الغرض منها .

وتلعب العوامل الاقتصادية دوراً جوهرياً فى نشأة القاعدة القانونية . فمذهب الاقتصاد الحر يُفضى إلى إطلاق حق الملكية وحرية تداول الأموال ، بينما يقتضى مذهب الاقتصاد الموجَّه التضييق من حق الملكية وفرض قواعد آمرة تحكم تداول الأموال وتبادلها ، وإذ يتأثر مضمون القواعد القانونية بالسياسة الاقتصادية للدولة على هذا النحو ، فإنه لا يحق للفكر القانونى أن يعيش بمعزل عن الفكر الاقتصادى ، وإلا ناقضت قواعـــدُ القانون الأسسَ الاقتصادية المرادَ تطبيقها فى المجتمع .

ولا يجوز للباحث فى القانون أن يغفل علم السياسة ، بل يتعين عليه أن يجعل عمله القانونى ترجمة للفكر السياسى الذى اعتنقته الجماعة ، وأن يناهض التيارات الفكرية المعارضة للديمقراطية .

ويعنى علم الاجتماع القانونى[1] بدراسة سلوك الناس إزاء القاعدة القانونية المطلقة ، واستخلاص النتائج الاجتماعية من تطبيق تشريع أو تعديله . ويعتبر هذا العلم خير دليل على نجاح السياسة التشريعية أو إخفاقها فى الدولة . فهو يستخلص الحقائق الثابتة فى المجتمع من خلال مراقبة تطبيق قاعدة قانونية معينة ، وبالتالى يقدم للمشرع تجارب واقعية يمكن على ضوئها صياغة قواعد جديدة أكثر ملاءمة ، فعلم الاجتماع يبحث مثلا فى ظاهرة تزايد عدد السكان فإذا انتهى إلى أن التزايد بات نذير خطر ، تعين على المشرع أن يبادر إلى التدخل بقواعد قانونية تحد من هذا التزايد . ومن ثمة كانت مناداة البعض

(١) أنظر فى مجلة JUS ١٩٥٧ ، الدراسات التى كتبها : ن . بوبيو ، د ١٠ وريستاورث ، م جيانتيى ، عن العلاقة بين علم الاجتماع والقانون . وانظر أيضاً مقال سيزاريني سعوروزا فى المجموعة المسماة : Vecchie e Nuove Pagine di Filosofia, Storia, e Diritto, Milano, Giuffré, 1967.

بإباحة تحديد النسل بالطرق الطبية المأمونة والمستقرة ، ومناداة البعض الآخر برفع سن الزواج بالنسبة للفتى والفتاة . ويتكفل علم الاجتماع القانونى بجمع المعلومات ودراسة الشواهد ثم استخلاص نتائج تطبيق القانون بما يكشف عن حاجة تشريع معين إلى التعديل أو الإلغاء[1] .

القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى

١٤٣ – يخضع الإنسان فى المجتمع ، فضلا عن خضـــوعه للقواعد القانونية ، لقواعد إجتماعية متعددة هى فى مجموعها قواعد عامة مجردة تفرض السلوك أيضاً فى صورة تكليف ، وتتمثل هذه القواعد فى قواعد خلقية ، وقواعد دينية ، وقواعد مجاملات .

أما القواعد الدينية فقد سبق أن ذكرنا فى الكتاب الأول أن الشرع الإسلامى فى مفهومه الواسع يشمل مبحثين متميزين هما : علم الكلام أو التوحيد ، ويختص بالبحث فى العقائد ، والشريعة الإسلامية فى مفهومها التقنينى ، ويقصد بها ما

(١) والمثل العليا الأيديولوجية والقومية والأخلاقية والدينية وغيرها ينظر إليها باعتبارها مؤثرات اجتماعية من بين مؤثرات أخرى عديدة ، والعلاقة متبادلة بين حقائق الحياة الاجتماعية والقانون فالمجتمع يكيف القانون ، والقانون – باعتباره ظاهرة من ظواهر الحياة الاجتماعية – هو بدوره عامل مؤثر فى سواه . ومن المهام التى شغلت مكانة بارزة فى أمريكا ، مهمة توسيع نطاق حقوق الإنسان والحقوق المدنية الأساسية للجميع ، وخاصة الزنوج والأقليات العنصرية والدينية . فقد ظهر فى المجتمع الأمريكى تحليل انتقادى فعال لعمل المحاكم العليا الولايات المتحدة ، كما حظيت حماية المتهمين من المعاملة غير العادلة خلال المراحل الإجرائية من وقت القبض عليهم باهتمام كبير من رجال القانون وغيرهم . كما أن هناك الكثيرين ممن تناولوا بالبحث مشكلة كيفية حماية الحياة الخاصة من تطفل الأجهزة الإلكترونية وغيرها من الوسائل الفنية . ومما أثار مناقشات حامية مشكلة التوفيق بين مبدأ حرية الصحافة ، وضرورة الحيلولة دون التأثير فى مجرى العدالة بمناقشة الصحف للمحاكمات . ويجرى الآن بحث المسائل القانونية التى نجمت عن تطور وسائل منع الحمل ، والتلقيح الصناعى ، وتجارب فصائل الدم ، وزرع أعضاء الجسد ، وتحديد لحظة الوفاة ، وبعض الأدوية ، ومنع إساءة استخدام العقاقير المؤثرة فى المخ والعقاقير التى يسهل الاعتياد عليها وإدمانها . وثمة أبحاث عن طرق جديدة للتصدى للضرر الذى قد يلحق الشخص قبل ميلاده أو حتى قبل الحمل به – أنظر مقال « اتجاهات علم القانون فى الولايات المتحدة الأمريكية » بقلم الأستاذ ماكس راينشتين ، ترجمة الدكتور جلال أمين بالمجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العدد الرابع .

هذا وفكرة « علم الإنسان الاجتماعى » إنما هو فرع من علم الاجتماع هو « علم الاجتماع القانونى » . وينظر اليوم إلى « الأنثرولوجيا القانونية » باعتبارها فرعاً وصفياً محضاً ، وقد ابتلعها أخيراً علم الإنسان الحضارى .

شرعه الإسلام من قواعد قانونية . ومن المعروف كذلك أن الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين : العبادات ، وهى مجموعة القواعد المنظمة لالتزامات العبد فى مواجهة الرب . والمعاملات ، وهى مجموعة القواعد المنظمة لما ينشأ بين العباد من علاقات . ومن المسلم به أن علم القانون عند الشرعيين على اختلاف مدارسهم واتجاهاتهم يشمل المعاملات والعبادات على السواء . والأديان ترسم طريق الفضيلة وتتضمن ما يمليه حسن السلوك والآداب . ومن هنا نجد القواعد الدينية أوسع رحاباً من قواعد القانون ، فالأولى تضع ضوابط للحياة الدنيوية وحياة الآخرة ، بينما لا تُعنى الثانية إلا بالقواعد الدنيوية فحسب . ولئن جاز تلاقى قواعد الدين مع قواعد القانون فإن ذلك لا يتحقق إلا فى نطاق القواعد التى تنظم معلات الناس فيما بينهم دون غيرها من القواعد الدينية ، وفى هذا النطاق سبق أن ذكرنا أن مخالفة القواعد الدينية ذات جزاء مزدوج ، بينما مخالفة القاعدة القانونية جزاؤها واحد تفرضه السلطة العامة فى الدولة . وسنرى فى دراستنا لمصادر القانون أن القاعدة الدينية قد تكون فى الوقت ذاته قاعدة قانونية تتولى السلطة العامة فرض الجزاء الدنيوى عند مخالفتها — وفق أحكام الدين .

أما قواعد المجاملات فإنها تشير على الإنسان باتباع أصول معينة فى علاقاته بالغير ، مثل الحديث بأسلوب لائق ومراعاة المواعيد ، وهذه الأصول تتنوع فى الزمان والمكان ، وتختلف من مجتمع إلى آخر ، ولا ترقى فى خطورتها الاجتماعية إلى مرتبة القواعد القانونية ، وهى لا تقترن إلا بجزاء معنوى هو استنكار الناس لسلوك من يخالفها ، بينما رأينا أن القواعد القانونية تتميز بقوة الإجبار واقترانها بالجزاء المادى الذى تفرضه السلطة العامة . بيد أنه قد يحدث أن تتطور قاعدة المجاملة عند تزايد أهميتها الاجتماعية لتصير من قواعد القانون المقترنة بالجزاء المادى المفروض من السلطة العامة ، مثل تخصيص مكان للسيدات فى عربات المواصلات عندما يفرض المشرع جزاءً على من يشغله من الرجال بعد أن كان تركُ هذا المكان لهن مجرد مجاملة لا ترقى مخالفتها إلى درجة التأثيم .

أما قواعد الأخلاق فإنها ترسم سلوك الإنسان نحو الله ونحو نفسه ونحو الغير ، حالة أن القانون لا يُعنى إلا بسلوك الإنسان المتصل بغيره والمتعلق

بواجبات العدل دون واجبات البر أو الإحسان . بيد أن التضييق من دائرة القانون على هذا النحو لا يواكب الفكر القانونى المعاصر ، فالقواعد القانونية تتداخل الآن حتى بالنسبة لواجب الإنسان نحو نفسه حتى لنرى بعض التشريعات يجرّم محاولة قتل الإنسان نفسه بالانتحار ، كما لم تعد قواعد القانون تقنع بتقرير واجبات العدل ، وإنما امتدت لتشمل واجبات خلقية بحتة كواجب المساعدة فى بعض الأحايين . ومن هذا يظهر أن تمييز قواعد الأخلاق عن القواعد القانونية برسم دائرة لكل منهما لا يقوم على أساس منضبط : فالدائرة قد تضيق حيث تلتقى قواعد القانون بقواعد الأخلاق ، ويكون ذلك بصفة خاصة فى مجال واجبات الإنسان نحو الغير التى يمليها العدل فى الجماعة . وقد تتسع دائرة الأخلاق لتشمل نطاقاً بعيداً عن دائرة القانون ، مثل قواعد سلوك الإنسان نحو ربه أو نحو نفسه ، أو نحو الغير حين تتعلق بالبر أو الإحسان . وقد يُحلق القانون فى مجالات تقصر عنها قواعد الأخلاق ، مثل القواعد الخاصة بضبط النظام فى المجتمع ، بل وقد يأتى بقواعد تناقض قواعد الأخلاق ، تغليباً لاعتبارات الاستقرار ، كما هو الحال فى نظام التقادم بنوعيه : المكسب والمسقط فى القانون المدنى ، فيحرم صاحب الحق من حقه على خلاف ما تمليه قواعد الأخلاق . وأياً كان القول فى شأن الفصل بين القانون والأخلاق فإنه لا شك أن القانون الذى يستجيب إلى قواعد الأخلاق يلقى فى نفوس الناس ارتياحاً ، بينما نجدهم ينفرون من القانون الذى يجافى هذه القواعد .

هذا والقاعدة الخلقية المجردة ليس لها من جزاء مخالفتها سوى تأنيب الضمير واستنكار المجتمع ، وهو جزاء بطبيعته لا يقبل التنفيذ المادى ، بينما تلقى مخالفة القاعدة القانونية جزاء مادياً تفرضه السلطة العامة كما ذكرنا ، وهو على النقيض من سابقه قابل بطبيعته للتنفيذ المادى . ويقول « أوستن » إن هناك أموراً تصدق على تفاصيل النظام القانونى وقواعده الجزئية ، ولكنها لا تكون كذلك إذا ما نظرنا إلى النظام القانونى ككل . فعلاقة النظام القانونى بفكرة الجزاء لا تجوز مناقشتها إلا إذا نظرنا إلى النظام القانونى ككل . فثمة قواعد قانونية جرى العرف على مخالفتها ، ومن هذا القبيل أيضاً العلاقة بين القانون والأخلاق ، أو بين القانون كما هو كائن **Law as it is** وكما ينبغى أن يكون **Law as it is ought to be** . فرغم أن الفصل بين القانون

والأخلاق هو فصل صحيح إذا ما طبق على جزئيات النظام القانونى ، فهو لا يجوز تطبيقه على القانون أو فكرة القانون . وقد عبر « أوستن » عن هذه الأفكار عندما قرر أن كل نظام قانونى متقدم يحتوى على بعض الأفكار الأساسية التى تكمن فى صميم الطبيعة الإنسانية (١). ويقول سير وليام بلاكستون William Blackstone « ما القوانين الإلهية سوى قواعد عليا ملزمة لكل القوانين الأخرى . إن القوانين الإنسانية تفقد سلامتها بمجرد تعارضها مع القوانين الإلهية (٢) » .

النظام القانونى السائد فى العالم العربى الإسلامى .

١٤٤ — كان النظام القانونى السائد فى دول العالم العربى الإسلامى — لقرون عديدة — هو الشريعة الإسلامية ، وهى كما رأينا قانون يتميز بالبساطة واليسر والقابلية المذهلة للتطور ومجاراة مختلف الظروف والوقائع التى تطرأ . ثم أدى انهيار الحضارة الإسلامية ، وما تلاه من استعمار الأوربيين لأغلب البلاد الإسلامية ، إلى أزمة قانونية حادة عزلت الشريعة الإسلامية وخاصيتها الأصيلة للتجدد ، عن مجاراة الجديد من الظروف . وكان من نتيجة ذلك أن هجرت بعض الدول الإسلامية الشريعة الغراء هجراً كليا ، وتبنت الفن القانونى الأوربى ، بينما احتفظت دول أخرى بالشريعة الإسلامية ، ولكن فى صورة جامدة منفصلة إلى حد بعيد عن الحقائق الاجتماعية لعالمنا المعاصر . وبالنظر إلى النتائج المؤسفة التى أدى إليها اتباع كلا المسلكين ، بدأ المفكرون فى العالم الإسلامى فى السنوات الأخيرة يبحثون عن مسلك ثالث ، هو لدى البعض الماركسية ، ولدى البعض الآخر محاولة إحياء الشريعة الإسلامية فى مفهومها الصحيح . وفى ظل هذه الظروف ، وبالنظر إلى أن أيا من هذه المدارس لما تكتب له الغلبة ، تتفاوت الاتجاهات الأساسية المسيطرة على البحث القانونى

---

(١) أنظر Austin : «Uses of the study of jurisprudence» in the province of juurisprdence Determined 365, 373, 691 (Library of ideas ed. 1954)

وراجع أيضاً هـ . ل . أ . هارت فى « الفصل بين القانون والأخلاق » Harvard Law Review, Volume 71, 1957-1958 p. 593.

(٢) وقد تبينا أن القوانين الإلهية تتسع دائرتها لتشمل قواعد الأخلاق وحسن السلوك .

فى العالم الإسلامى فى الآونة الراهنة ، إذ أن هذه الاتجاهات تتباين من بلد إلى آخر ، وفقاً لظروف كل بلد وللمدرسة الأكثر رواجاً فيه . على أنه يمكن القول إن معظم البلاد الإسلامية ، ومنها جمهورية مصر العربية وإيران وباكستان ، تأخذ بالفن القانونى الغربى ، إما نتيجة فرض من الدول الأوربية التى كانت تستعمرها ، وإما نتيجة اختيار حر راجع إلى ارتباط هذا الفن (التكنيك) ، فى أذهان البعض ، بما تتطلع إليه هذه الدول من تنمية وتقدم فى مجال الحضارة . ومع ذلك فلا تزال الحلول الجزئية فى معظمها متأثرة إلى حد بعيد بالشريعة الإسلامية التى تشكل ، فضلاً عن وضعها التاريخى ، عرف هذه البلاد وتقاليدها .

وقد أدت هذه السيطرة الفعلية للتراث القانونى الإسلامى ، على الرغم من تبنى « التكنيك الغربى » ، إلى أن تستبدل بعض الدول بتقنيناتها ، المنقولة نقلاً حرفيا أو شبه حرفى عن التقنينات الأوربية ، تقنينات جديدة أكثر تمشيا مع أحكام الشرع الإسلامى الحنيف (١) . كما أدت هذه السيطرة الواقعية

---

(١) مثال ذلك : استبدال مصر التقنين المدنى الجديد الصادر فى عام ١٩٤٨ بالتقنينين الأهلى والمختلط اللذين كانا معمولا بهما قبله والصادرين فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر .

— هذا وقد كانت الشريعة الإسلامية ، منذ الفتح الإسلامى للدول العربية وحتى القرن التاسع عشر ، هى القانون المطبق فى مصر وكثير غيرها دون مزاحم . كما كانت المصدر الرئيسى ، بل والوحيد ، للقانون العراقى مثلا بكل فروعه . وفى أواخر عهد الدولة العثمانية ، خضع العراق ومصر وغيرهما إلى قوانين اعتمدت على الشرائع الغربية ، وخاصة الفرنسية ، ومنها قوانين التجارة فى العراق ، وأصول المرافعات ، وقوانين تنظيم أحكام المرافعات ، كما صدر قانون الجزاء العثمانى لتنظيم العقوبات على أساس جديد . أما القسم الآخر من أحكام القواعد القانونية فبقى مستمداً من الشريعة الإسلامية . وكانت الدولة العثمانية قد حرصت على الإبقاء على الشريعة الإسلامية ، مصدراً وحيداً للقانون المدنى ، مع محاولتها إسباغ حلة جديدة عليه ، فألفت لذلك لجنة أناطت بها مهمة صياغة الأحكام الفقهية على نمط مواد القوانين المدنية . وقد وضعت اللجنة « مجلة الأحكام العدلية » التى جمعت من مختلف كتب الفقه الحنفى ، وتناولت أحكام المعاملات فقط ولم تتناول أحكام النكاح والطلاق والنسب والولاية على النفس والمال ، كما لم تتناول أحكام الوصايا والمواريث ، وصيغت أحكامها فى مواد على غرار مواد القوانين الوضعية ، وقد بلغت ثلاثاً وخمسين وأربعمائة وألف مادة تقع فى ستة عشر كتاباً . وكان الباعث الأول على وضع هذه المجلة أن الدولة العثمانية أنشأت محاكم تجارية وضع لها قانون خاص كالقوانين التجارية الأوربية ، وهى تحيل على القوانين المدنية فى

للشريعة الإسلامية إلى تطبيق الحلول الإسلامية من خلال « فن القانون الإنجليزى » فى المستعمرات الإنجليزية السابقة المتبنية لهــذا القانون ، مثل السودان ونيجيريا وباكستان وماليزيا . فمن المعروف أن المصدر الأساسى للقانون فى ظل هذا الاتجاه هو ما يخلقه القضاء من سوابق ، وكان من الطبيعى أن يتأثر قضاة هذه الدول الإسلامية فى إرسائهم للسوابق بما نشأوا فى ظله من تقاليد وأعراف نابعة عن الشريعة الإسلامية السمحة ، الأمر الذى أدى بالقوانين الداخلية لهذه الدول إلى أن تصبح إسلامية فى حقيقتها ، برغم مظهرها الخارجى الإنجلو سكسونى . وإلى جانب هذين الاتجاهين — اتجاه تطبيق الشريعة الإسلامية من خلال نظام السوابق القضائية ، واتجاه استبدال تقنينات أكثر تمشيا مع الشرع الإسلامى بالتقنينات القديمة المنقولة حرفيا من الدول الاستعمارية السابقة — نجد أن الشريعة الإسلامية ما برحت تطبق تطبيقاً كاملاً بأصولها وفروعها وتكنيكها وأساليب البحث فيها فى معظم الدول الواقعة فى شبه الجزيرة العربية(١) . ولا يشذ عن هذا التأثير الواضح للشريعة الإسلامية على القوانين الحديثة للدول الإسلامية المختلفة غير تركيا الكمالية ، فقد أجبرها مصطفى كمال أتاتورك خلال فترة حكمه الدكتاتورى على الانفصال انفصالاً كليا وتاما عن كل ما يمت للإسلام بصلة دون ما استثناء للعقيدة ذاتها وما نشأ فى كنفها من

= بلادها ولا سبيل إلى ذلك فى الدولة العلية، فالإحالة فيها تكون على ما يقابل القوانين المدنية وهو الأحكام الشرعية . كما أنه أنشئت بالدولة العثمانية محكمة التمييز ، ورجال كل من المحاكم التجارية ومحكمة التمييز لا يسهل عليهم معرفة الأحكام الشرعية من مراجعها ، فتيسيراً عليهم وضعت هذه المجلة . وقد بدأ كل كتاب من كتب المجلة الستة عشر بالقواعد والضوابط اللائمة ، وأكثرها مأخوذ من كتاب « الأشباه والنظائر » لابن نجيم . وقد بقيت « المجلة » نافذة ، وبقيت سارية المفعول حتى حل محلها القانون المدنى العراقى المعمول به فى الوقت الحالى ، والذى رأى واضعه أن يجعل منه مزاجاً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية ، وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية، فوفق بين وجهات النظر المختلفة مقارباً بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى ، مما يسر جمع كثير من التطبيقات من مجلة الأحكام العدلية ومن آثار فقهاء المسلمين بوجه عام ، ومن التقنينات الغربية على حد سواء — أنظر الأسباب الموجبة للائحة القانون المدنى العراقى، الأستاذ عبد الرحمن البزاز ، مبادىء أصول القانون ١٩٥٨ ص ١٠٩، الاتجاهات المعاصرة للبحث القانونى فى العالم العربى الإسلامى ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العدد الرابع ص ٦ للدكتور محمد سامى عبد الحميد والأستاذ يس محمد تاج الدين .

(١) أنظر مقال الأستاذ على سالم « نظام القضاء والتشريع فى المملكة العربية السعودية » مجلة مصر المعاصرة ١٩٥٩ .

حضارة وثقافة ، وهى تطبق الآن مجموعة من التقنينات المنقولة نقلاً شبه حرفى عن التقنينات السويسرية الخالية بطبيعة الحال من أى أثر من آثار الشريعة الإسلامية ، مع أن الدول العثمانية هى التى كانت كلفت فى النصف الثانى من القرن الماضى لجنة من علماء الشريعة لوضع تقنين شرعى مدنى يعمل به فى أنحائها ، وأتمت اللجنة تقنينها فى المعاملات المدنية وحمل اسم « مجلة الأحكام العدلية » فى آخر القرن التاسع عشر ، فى مقابل إسم « مجموعة قانون نابليون » التى عمل بها من فاتحة القرن ذاته ، وذلك بعد أن عانت الإمبراطورية العثمانية « الرجل المريض » من تفاقم النفوذ الأوربى فيها وتسرب التشريعات الأجنبية إليها ، واستعلاء الأوربيين عليها بالامتيازات الأجنبية .

وقد ورثت مصر من « الرجل المريض » وباء الامتيازات الأجنبية ، وتسربت من جرائها التشريعات الفرنسية إلى قوانين البلاد ومحاكمها من عهد محمد على حتى رزئت بنظام المحاكم المختلطة عام ١٨٧٥ فى عهد اسماعيل ، واستعير لها « قانون نابليون » ذاته وسمى « القانون المختلط » . ولما قامت الثورة العرابية لتقاوم التدخل الأجنبى كان من قرارات الوزارة الوطنية ، وضع قانون مدنى مطابق للشريعة الغراء ، نيط إنجازه بمحمد قدرى باشا وزير الحقانية حينذاك .

وكوثت مصر كارثة الاحتلال البريطانى عام ١٨٨٢ ، فطوى سجل التشريع الإسلامى طياً ، ونقل التشريع المختلط نقلاً ، وفرض على الأمة فرضاً فى العام التالى دون إمهال . بيد أن قدرى باشا كان قد خلف وراءه أربعة مخطوطات هى : « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان(١) » و « الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية » و « قانون العدل والإنصاف للقضاء فى مشكلات الأوقاف » و « تطبيق ما وجد فى القانون الفرنسى موافقاً لمذاهب أبى حنيفة » ، وجاء فى مقدمة الكتاب الأخير أنه بيان المسائل الشرعية التى وجدت فى القانون المدنى مناسبة وموافقة لمذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة .

هذا وتخضع الأحوال الشخصية وروابط الأسرة فى معظم البلاد العربية لأحكام الشريعة الإسلامية . والقانون المدنى العراقى ، شأنه فى ذلك شأن

(١) يقع مرشد الحيران فى ٩٤١ مادة ، وهو أحكم صياغة من المجلة العدلية ، بيد أنه مثلها مقصور على فقه المعاملات فى مذهب واحد كان متبعا رسمياً فى مصر وتركيا ، مع أن فى تعدد المذاهب غناء وسعة .

القانون المدنى المصرى ، لم يتناول بالبحث الأحوال الشخصية وتركها للخضوع للأحكام الشرعية ، فصدر قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩[١] مشتملاً على أهم أبواب الفقه فى الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث[٢]. وهكذا تبقى الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً أصليا للقانون العراقى فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالعراقيين المسلمين[٣] .

وثمة أحكام تخيّرتها لجنة بوزارة العدل المصرية وصدر بها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهى أحكام تُخيّرت من المذاهب الأربعة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

وثمة أحكام أخرى تخيّرتها لجنة الأحوال الشخصية بمصر من المذاهب الأربعة ، ومذاهب الصحابة والتابعين ، ومذهب الطبرى ، ومذهب ابن حزم ومذهب الزيدية ، وأخذت فيها بمبدأ التلفيق ، ووضعتها فى مواد صدر بها قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

القانون والمجتمع العربى

١٤٥ — يهتم فقهاء العالم الإسلامى ، على اختلاف نزعاتهم ، بدراسة الخلفيّات الاجتماعية للقانون الوضعى وما قد يمارسه على المجتمع من تأثير . فبينما يؤمن بعض فقهاء القانون ذوى النزعة الماركسية بأن القانون كتعبير عن إرادة الطبقة المسيطرة فى المجتمع ، ليس فى حقيقته سوى نتاج لظروفه المادية والاقتصادية المنعكسة على صراع الطبقات ، يهتم الفقهاء ذوو النزعة الإسلامية بدراسة الوظيفة الاجتماعية للقانون فى ضوء سنة الرسول الكريم ، وما أثر عن فقهاء الشريعة فى عصرها الذهبىّ من تعاليم تتلخّص فى النظر إلى القانون

---

(١) معدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) الأستاذ علاء الدين خروفة ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، جـ ١ عام ١٩٦٢ وجـ ٢ عام ١٩٦٣ .

(٣) وإذا كان المسلمون يخضعون فى أحوالهم الشخصية ، للشريعة الإسلامية ، فغير المسلمين يخضعون فى أحوالهم الشخصية لقوانين الدين الذى ينتمون إليه . أما الذين ليس لهم تعاليم خاصة فتطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية — أنظر ما سيجىء عند تكلمنا عن الدين كمصدر رسمى أصلى للقانون فى مسائل الأحوال الشخصية .

باعتباره وسيلة الوصول إلى مجتمع مثالىّ تسوده الرفاهية والعدالة على النحو الذى ينشده الإسلام . وتتفق المدرستان على أية حال فى اعتبار التشريع وسيلة ناجعة من وسائل التغيير الاجتماعى الفعّالة ، وقد التجأ إليه المشرع فى جمهورية مصر العربية مراراً لتطوير هيكل المجتمع المصرى استهدافاً للاشتراكية .

وتواجه معظم الدول العربية الإسلامية الكثير من المشاكل الناجمة من عدم تمشّى قوانينها الوضعية مع ظروف مجتمعاتها الداخلية المعاصرة . لا فرق فى ذلك بين الدول التى احتفظت بالشريعة الإسلامية ، وتلك التى نقلت عن الدولة التى كانت تستعمرها تشريعاتها غير المتمشّية مع ظروفها الخاصة . وإذا كان من الواضح أن القوانين المستوردة من أوربا لا يمكن أن تسدّ حاجات مجتمع يختلف اختلافاً تاماً عن مجتمع الدولة المصدّرة ، فإنه من الإنصاف أيضاً تقرير أنه على الرغم مما شهده المجتمع الإسلامى من التطورات العديدة خلال القرون الأخيرة ، فقد أبقى فقهاء الشريعة الإسلامية شريعتهم على حالها دون محاولة الاجتهاد فى مواجهة الظروف الجديدة المتغيّرة . والحق أن الشريعة الإسلامية بطبيعتها هى أكثر النظم القانونية مرونة وقابلية للتطوّر ، ولا يرجع ما أصابها من جمود إلى عيب ذاتى فيها ، ولكنه أحدُ مظاهر الانهيار فى العالم الإسلامى والحضارة الإسلامية ، وتفرّق المسلمين أحزاباً وشيعاً بسبب الحكم والإمامة والسياسة ، مما أورثهم الوهن والخذلان وتسلّط أعدائهم عليهم وعلى ديارهم وأخذهم بنواصيهم ، فأماتوا فيهم أحكام ربهم وفرضوا عليهم شرائعهم التى لا تلائم فطرتهم ولا تقاليدهم ، هذا بالإضافة إلى هلاك أكثر التراث من المؤلفات الفقهية لعوامل وأسباب كثيرة ، والبقية الباقية منه إما حبيسة أو مكدّسة فى أقبية المكتبات ودور الكتب ؛ مع أن فيها من المبسوطات والمختصرات ما له أرفع القيمة وعظيم النفع ، وإما منشورة بالطريقة البدائية التى تخلق الصعوبات لأهل هذا الفقه وغيرهم لبعدها عما وصل إليه العالم من طرق التحقيق والنشر . فالفقه الإسلامى أحوج ما يكون إلى بعث المقبور ، ومسايرة أحدث أساليب النشر ليصبح ميسوراً يسهل الوصول إليه لكل من يبتغيه .

وقد أدّى هذا الانفصال بين ظروف المجتمع الواقعية والقانون الوضعى المفروض عليه نتيجة الظروف الاستعمارية ، إلى أزمة قانونية تفرض على

المشرع والفقية تكريس الجهود لإعادة العالم العربى والإسلامى إلى وضع التوازن القانونى الذى افتقده طيلة عصور الانهيار والاستعمار . ويرتبط تحقيق هذه الغاية ، فى رأينا ، بوجوب مراعاة ظروف المجتمع الإسلامى الواقعية المتغيرة ، وبوجوب الاحتفاظ بروح الإسلام وبالقيم الأساسية المرتبطة بحضارته ، والعمل على إحياء تراثه الفقهى المهدد من جميع نواحيه ، وتنقيته ونشره وفق أحدث أساليب النشر ليكون فى متناول الفقهاء والمشترعين وغيرهم[1] ، ينهلون من موارده ، ويثرونه باجتهاداتهم وبحوثهم ، يواجهون بها المحدثات من الواقعات والنوازل فيستنبطوا لها أحكامها مما أنزل الله وسنن رسوله واهتدى إليه أئمة الدين ، وليتخيروا من هذا كله أصول المسائل والقواعد الكلية التى يمكن أن تكون مصدراً أساسياً لأىّ تشريع يصدر فى بلد إسلامى ، تحقيقاً لما نصّ عليه الميثاق من « تجلية مبادىء الشريعة الإسلامية لتكون مصدراً أساسياً للتقنين » . ومن التجلية والتوضيح صياغة المضامين فى نصوص تجارى القوانين ليعتمد عليها أو يعتمدها المشرعون والقضاة والمحامون ورجال القانون والمتعلّمون كافة . وفى سبيل تحقيق هذا الهدف ، تألفت فى المجلس الأعلى للشئون الإسلامية لجنة « تجلية مبادىء الشريعة لتكون مصدراً أساسياً للتقنين » ، واشترك فيها جماعة من أساتذة الشريعة والقانون ، وقبلها تألفت لجنة لموسوعة الفقه الإسلامى بُيّنت أهدافها وجميع ما يتعلق بها فى المواد (٢٩ – ٣٣) من القرار الوزارى رقم ١ لسنة ١٩٦١ ، ثم تألفت فى مجمع البحوث الإسلامية جماعة لتقنين الفقه ، وإنا لنرجوا أن تعيد صياغته من شتى المذاهب ، مع وزن المعاملات المستحدثة بموازين العرف الصحيح والمصلحة الإسلامية وأصل الإباحة أو الحرية ، وحينئذ تدخل جمهورية مصر عالم القانون المعاصر بتراث الفقه الإسلامى الزخّار بالكنوز ، فلا تدخله شريكاً مجدّد

(١) قامت بحيدر آباد جمعية إحياء المعارف النعمانية ونشرت سلسلة من مؤلفات محمد بن الحسن والصدر الشهيد والسرخسى . وقام بعض العلماء والموسرين من أهل نجد والحجاز بإحياء طائفة قيمة من المؤلفات الفقهية فى مذهب أحمد ونشر بعض اليمنيين شيئاً من مؤلفات الفقه الزيدى ، كما نشر المرحوم الشيخ محمد بن يوسف اطفيش شرحه لكتاب النيل فى فقه الأباضية .

أما جامعة القاهرة فكان حظها من ذلك أنها عنيت بإحياء كتاب الأصل لمحمد بن الحسن ، فأخرج الدكتور شفيق شحاته قسما مشتملا على البيع والسلم يقول إنه حققه وعلق عليه .

النصيب ، بل هى تتقدم والأمم جميعاً من ورائها ، تتقدم بالنهر الجارى الذى تستقى منه الحضارة بضعة عشر قرناً وستستقى منه كل القرون .

أما الذين يعملون فى حقول القانون فمطالبون بأن يحرثوا الحقل الخصيب الذى هم فيه أصلاء لا دخلاء ، ليروا كم يستطيعون أن يكونوا تقدميين وعصريين بل سبّاقين فى شتى الميادين[1] .

خطة البحث

١٤٦ – نستفتح هذا الكتاب ببيان ماهية القاعدة القانونية بوجه عام ، ويقابلها فى الشريعة الإسلامية كما ذكرنا ، الحكمُ الشرعىُّ ، ثم نعرض لمصادرها وطرق تفسيرها ، ودور كلّ مصدر منها فى القوانين المصرية وغيرها من القوانين الوضعية ونثنّى ببيان أثر الجهل بالقاعدة القانونية أو الغلط فيها ، فى مختلف التقنينات ، مع تخصيص موضعين مستقلّين أحدهما للقاعدة الجنائية وأثر الجهل بها أو الغلط فيها على المسئولية الجنائية ، وثانيهما للجريمة التأديبيّة .

(١) يقول المستشرق جب « إن اقتدار الثقافة الإسلامية الذاتية على إضعاف ذكرى الثقافات الموروثة ومحوها فى بعض الأحيان ظاهرة صحبت الإسلام . فهى تكاد تنسى الناس ماضيهم كالمصريين ينسون الفراعنة ، والأتراك ينسون خاقاناتهم ويرجعون إلى العرب والخلفاء المسلمين الأولين يتخذون منهم أسلافاً روحيين » .

ويقول الدكتور محمد حسين هيكل « حاولت أن أنقل لأبناء لغتى ثقافة الغرب المعنوية وحياتها الروحية لنتخذها جميعاً هدى ونبراساً ، لكنى أدركت بعد لأى أنى أضع البذر فى غير منبته فرأيت أن تاريخنا الإسلامى هو وحده الذى ينبت ويثمر » .

يقول ذلك عن التاريخ الإسلامى الذى صنعته الأمة ، فما بالك بالفقه الإسلامى الذى صنع الأمة ، ومن صميمه انبثق تفكيرها كله وطرائق حياتها ! لقد دانت أوروبا المعاصرة اليونان بالقليل الذى انحدر إليها من فلسفتهم ، ومدت أسبابها إلى الرومان بالمردية التى سيطر على قانونها ، والروح الوثنية التى تتحكم فى مجتمعها . لكننا إذا أخذت بأسباب الفقه الإسلامى ستحل مشاكل التطور التى عصفت رياحها بالعالم الغربى منذ قرنين ، وما تزال تعصف . ويومئذ يكون لجيلنا فضله : إنه مد الأسباب من الإسلام إلى تقدم لـ[illegible] وأقام الجسور بين المستقبل المأمول لحضارة العالمية وبين فقه الشريعة .

الباب الأول

القاعـدة القانونية

رأينا أن القانون عبارة عن مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الأفراد فى الجماعة ، وأن هذه القواعد تختلف عن غيرها من القواعد الاجتماعية التى تحكم سلوك البشر مثل قواعد الأخلاق والدين ، وإن كانت هذه القواعد الأخيرة ذات أثر فعّال فى نشوء القواعد القانونية وتطبيقها لأن القانون هو من خلْق الإنسان ، والإنسان يتأثر دائماً بما يمليه الدين الذى يسود المجتمع الذى يعيش فيه ، وبما تقتضيه الأخلاق السّائدة فى هذا المجتمع .

وتتكلم فى هذا الباب عن القاعدة القانونية وخصائصها وأنواعها ومصادرها بصفة عامة ، مرجئين تفصيل بعض المصادر وطرق التفسير لحين التحدث عن أثر الجهل بالقاعدة القانونية فى المسئولية الجنائية ، وذلك تفادياً للتكرار .

ومن ثم فإن هذا الباب ينقسم إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : خصائص القاعدة القانونية وأنواعها .

الفصل الثانى : مصادر القاعدة القانونية .

الفصل الثالث : مصادر القانون الدولى .

الفصل الأول

القاعدة القانونية وأنواعها

تعريف القانون(١)

١٤٧ — إن للفظ القانون ، فى لغة الفلسفة ، معنى معيناً يشير إلى النظام الذى تسير عليه أمور الكون على نمط رتيب مطرّد ، والذى يحتّم أن يحدث أمر معين كلما توافرت ظروف خاصّة . وفى هذا المصطلح يقال : قانون الجاذبية ، وقانون البقاء للأصلح . ولكل شىء ، فى هذا المجال ، قانونه الذى يحكمه . فقانون الطبيعة هو القوة ، وقانون الأخلاق هو الخير ، وقانون المنطق هو الحق ، وقانون العدالة هو أن نحكم بين الناس بالقسط .

بيد أن للفظ القانون ، فى لغة رجاله ، معنى آخر هو الذى يعنينا فى هذا المقام ، فيعرّف القانون فى لغة رجال القانون بأنه « مجموعة القواعد التى تنظم العيش فى الجماعة ، والتى يجب على الكافة احترامها ، احتراما تكفله السلطة العامة ، بالقوة عند الضرورة » ، وهو التعريف الذى أوردناه فى صدر التمهيد لهذا الكتاب .

ولكن كثيراً ما يضاف إلى هذا اللفظ صفة تُضيّق من معناه ، فلا يفيد القانون الموصوف بتلك الصفة مجموعة القواعد التى تلزم السلطة العامة

---

(١) حلل الأستاذ جينى **Geny** القانون إلى عنصرين أساسيين هما العلم والفن . فالعلم **Science** بالمعنى الواسع الذى يريده جينى ، هو المادة التى يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة . ووسيلة الكشف عن هذه المادة الأولية التى تتكون من حقائق الحياة ، هو العلم . أما الفن **Technique** فهو صياغة هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملى ، أى معرفة إعداد القانون وتطبيقه . والفن القانونى بهذا المعنى إما أن يكون فناً تشريعياً أى وضع التشريعات الصالحة ، ويخضع هذا النوع من الفن القانونى إلى السياسة التشريعية ، وهى عبارة عن الهدف الذى يراد تحقيقه من كل تشريع . وإما أن يكون فناً تطبيقياً ، أى معرفة حقيقة الوقائع والمراكز وتكييفها ، وتطبيق القواعد القانونية المنطبقة عليها . ويلاحظ أن علم القانون هو من العلوم الاجتماعية التوجيهية **Sciences normatives** وليس من العلوم الاجتماعية الوصفية **Sciences descriptives** ، ذلك لأن علم القانون لا يقف عند دراسة ما هو كائن ، وإنما يجاوز ذلك إلى دراسة ما يجب أن يكون .

الأفراد باتباعها : وإنما جزءاً محدداً من هذا المجموع وفرعاً معيناً منه . فإذا قلنا « القانون الدستورى » مثلاً ، قصدنا به ذلك الجزء من القواعد القانونية الذى يحدد أسس نظام الحكم .

و« القانون الإدارى » هو ذلك الفرع من القانون الذى يحكم علاقات الدولة ، بوصفها صاحبة السلطة ، بالأفراد .

وإذا ذكرنا « القانون الجنائى » عنينا به ذلك الجزء من أحكام القانون الذى يحدد الجريمة والعقاب .

بيد أن المعنى الأول ليس هو المعنى الوحيد للقانون ، لأن هذا اللفظ قد يفيد معنى آخر أخص . فكثيراً ما يقصد به بعض القواعد القانونية « بالمعنى الأول » التى تتميز بصدورها من السلطة التشريعية العادية ، أى تنشأ عن طريق التشريع العادى الذى هو أهم مصادر القانون على ما سيجىء . وفى هذا المعنى يُذكر قانونُ نزع الملكية للمنفعة العامة ، وقانون الإصلاح الزراعى ، وقانون الجامعات والمعاهد العليا ، وقانونُ العاملين المدنيين بالدولة .

تعريف القاعدة القانونية وخصائصها

١٤٨ — القاعدة القانونية هى قاعدة سلوك إجبارية تضبط النظام فى المجتمع وتحكم الروابط بين الأشخاص . وأول ما يُستفاد من هذا التعريف أن القاعدة القانونية تفرض سلوكاً معيناً ، وأنها قاعدة اجتماعية . ومن هنا توصف بأنها قاعدة اجتماعية للسلوك . وقد يستفاد معنى السلوك من القاعدة القانونية صراحة ، إذا تضمنت إباحةً أو أمراً أو نهياً . من ذلك مثلاً القواعد التى توفر للأفراد الحريات العامة فى المجتمع ، أو القواعد التى تجبر المدين على أداء ما التزم به ؛ أو القواعد التى تنهى عن القتل أو السرقة فى صورة تقرير عقوبة على القاتل أو السارق .

وقد يُستخلص معنى السلوك من القاعدة القانونية ضمناً دون أن يوحى ظاهرها بأنها تفرض سلوكاً واجب الاتباع . ذلك أن بعض القواعد قد لا تتضمن إباحة أو أمراً أو نهيا كما هو الحال فى الأمثلة السابقة ، وإنما قد تقنع بتقرير أحكام معينة إذا توافرت الشروط المطلوبة . ومن ذلك القاعدة التى تقرر أن سنّ الرشد لكمال الأهلية هو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ، أو القاعدة التى تُحدد اختصاص المحاكم وتوزّعه فيما بينها .

القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة(1) .

١٤٩ — كل قاعدة قانونية تستهدف غاية معينة ، وهى غاية عامة ومجردة : فلا تعنى بواقعة مقصودة لذاتها ، ولا تعبأ بشخص معين بالذات ويتم تحقيق تلك الغاية بواسطة أداة قانونية ملائمة . وكلّما كانت الأداةُ صالحة لإدراك الغاية ، يستقيم تطبيق القاعدة القانونية .

الفرض والحكم فى القاعدة القانونية

١٥٠ — تتحلّل القاعدة القانونية دائماً إلى فرض وحكم . والفرض هو المركز أو الوضع المجرد الذى تعالجه القاعدة القانونية . والحكم هو الحل الملائم الذى يتقرر لمواجهة الفرض عند تحققه فى العمل . ففى المثال المتقدم بشأن الأهلية ، نجد الفرض فى بلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، والحكم هو اعتباره كاملَ الأهلية .

ومثل هذا التحليل قد لا يظهر بوضوح فى بعض القواعد القانونية ، وبصفة خاصة تلك التى تقنع بوضع تعريف لنظام قانونى معيّن . فمثلا النص القانونى الذى يتولى تعريف عقد البيع أو عقد الإيجار قد لا تُستخلص منه لأول وهلة فكرة الفرض والحكم .

ولكن التأمل فيه يُفيد أن المقصود بالتعريف هو تقرير المشرع فى نفس الوقت بأن كل وضع يصدق عليه وصف البيع أو الإيجار وفقا للتعريف الوارد فى النص ، يخضع لحكم القواعد الخاصة بهذه العقود .

وكما سبق البيان يجب أن تكون الغاية عامة ومجردة ، كما يجب أن يكون الفرض عاما ومجرداً .

والأصلُ أن صفة العموم فى القاعدة القانونية هى ضمانٌ ضدّ الانحراف والتحكم . فتجريد القاعدة من إيثارها شخصا معيناً ، أو حماية وضع معين ، دليلٌ على أنها منزّهة عن الهوى .

وهذه الصفة تميز القاعدة القانونية عن القرارات الفردية التى تنتج آثارها وتنقضى فور صدورها ، مثل قرار تعيين الموظف ، أو منح الجنسية لأجنبى ، أو إسقاطها عن أحد المواطنين . مثل هذه القرارات تنحسر عنها صفة القاعدة القانونية لأنها تخص شخصا معيناً بالذات ، ولكنها تصدر تطبيقاً لقاعدة عامة

(1) الدكتور حسن كيره ، الموجز فى المدخل للقانون ، ١٩٦١ ص ٩ .

غير شخصية . فتعيين الموظف يستند إلى قانون الوظيفة العامة ، ومنح الجنسية أو إسقاطها يكون وفقا لقانون الجنسية .

ويكفل هذا التجرّد والعموم الحدّ من إطلاق يد السلطة العامة في إصدار القرارات الفردية ، إذ المفروض أن تلتزم هذه السلطة فيما يصدر عنها ، حدود القواعد القانونية العامة والمجرّدة ، وفي هذا كله أوفر الضمان لتأكيد مبدأ سيادة القانون وتعزيز مبدأ شرعية السلطة .

ومن الواضح أنّ القاعدة القانونية العامّة والمجرّدة توفر المساواة بين الناس أمام القانون . ومن هنا يرتبط وصفُ العموم والتجريد بفكرة العدل . وبذلك أيضاً يمثل وصفُ العموم والتجريد انتصاراً للأخلاق في إطار القانون .

هذا ووصف العمومية في القاعدة القانونية ، لا يمنع من أن يكون خطابها مقصوراً على فئة معينة من الأشخاص[١] ، أو مقيداً في الزمان[٢] أو المكان[٣] .

تنوع الجزاء المقترن بالقاعدة القانونية :

١٥١ ــ يختلف هـــذا الجزاء في قاعدة عنه في أخرى . وعلّة هذا الاختلاف أن الجزاء إن هو إلاّ وسيلة يُستهدف بها تحقيقُ غاية معينة ، هي ضمانُ احترام قاعدة القانون ، وقواعد القانون تتباين فيما تأمر به . وإذا اختلف الجزاء باختلاف القواعد القانونية ، فإن هذا الاختلاف يتركز في طبيعته وفي قوته[٤] . فالخلاف في طبيعة الجزاء يأتي من اختلاف مضمون القواعد القانونية ، ومن وجوب أن يتناسب الجـــزاء مع ما تأمر به كل قاعدة . ولهذا يختلف جزاء قواعد القانون الجنائي عن جزاء قواعد القانون المدني . فجزاء القاعدة التي تحرم السرقة مثلاً هو الحبس ، حالة أن جزاء

(١) من ذلك القواعد القانونية التي تخص مهنة أو حرفة معينة كالمحامين والأطباء والعمال ، والقواعد التي تنظم مركز رئيس الدولة أو الوزراء ، لأن القاعدة في هذه الحالة تسري على كل من يصبح رئيساً للدولة أو الوزراء . وينظر في هذه الحالات إلى الفرد بصفته لا بذاته

(٢) من ذلك القوانين التي تصدر خـــلال فترة إعلان الأحكام العرفية والأحكام الاستثنائية التي ترد في تشريع معين لعلاج أوضاع مؤقتة أو زائلة .

(٣) من ذلك التشريعات التي كانت سارية في الجمهورية العربية المتحدة في أحد إقليميها دون الآخر .

(٤) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ١٩٦٥ ص ١٧ .

القاعدة المدنية التي تأمر المدين بأن يفي بالدين المستحق عليه هو إمكان الحجز على أمواله واستيفاء الدين من ثمنها رغماً عنه .

أما الخلاف في قوة الجزاء ، فردّه إلى اختلاف القواعد في أهميتها من حيث اتصالها بكيان المجتمع . فالقاعدة التي تحرم القتل أكثر خطورة من تلك التي تحرم السرقة ، ولذلك نرى جزاء الأولى يصل أحياناً إلى الإعدام .

وإذا كان الجزاء يختلف في طبيعته وقوته باختلاف القاعدة القانونية التي تتضمّنه ، إلا أنه يمكن رد كافة أنواعه بحسب وقت توقيعه والغاية التي يستهدفها إلى نوعين :

١ ــ جزاء يوقع قبل أن تقع مخالفة القاعدة القانونية ، ويسمى بالجزاء المانع Sanction preventive ، ومثاله حيلولة رجال الشرطة بين الأفراد وبين مخالفة قواعد المرور أو التجمهر . وهذا النوع من الجزاء نادر في العمل .

٢ ــ الجزاء الذي يُفرض بعد مخالفة القاعدة القانونية ، وتكون الغاية الأساسية من هذا الجزاء هي تأديب المخالف زجراً له وردعاً لغيره ، ولذا يسمى هذا النوع من الجزاء بالجزاء التأديبي Sanction repressive ، ومثاله الحبس الذي يوقع على السارق .

والجزاء أخيراً ينقسم إلى قسمين ، فإما أن يكون جزاء جنائياً أو مدنياً .

فالجزاء الجنائي ، يأخذ صورة العقوبة ، مثل العقوبات الأصلية الواردة في قانون العقوبات ومنها الإعدام والأشغال الشاقة والحبس والغرامة .

والجزاء المدني يتعلّق بالذمة المالية للفرد ، والأمثلة عليه متعدّدة : فقد يكون الجزاء على الإخلال بالقواعد القانونية المدنية الحكم بالتعويض ، أي أن يلزم من أحدث ضرراً بالغير أن يدفع مبلغاً من المال لإصلاح هذا الضرر . وقد يتخذ الجزاء المدني أشكالا أخرى غير الحكم بالتعويضات ، فالعقد الباطل لا ينعقد وعندئذ يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . والمدين يُجبر على تنفيذ التزامه الذي تعهد به ، وإذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للمحكمة إلزامه بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن ظل على امتناعه[١] .

(١) فالجزاء يتنوع وفقاً لطبيعة القاعدة القانونية وانتمائها إلى فروع القانون المختلفة ، فثلا يوجد ، إلى جانب الجزاءين المدني والجنائي ، الجزاء الإداري الذي يتقرر عند الانحراف عن قواعد القانون الإداري .

القاعدة القانونية تحكم السلوك الخارجي للانسان :

١٥٢ – رأينا أنّ القانون ينظم الروابط الاجتماعية بين الأفراد فى المجتمع . ولكى يتدخل القانون لتنظيم تلك الروابط ، لا بد أن يكون ثمة مظهر خارجى . فالإنسان ما دام محترماً القانون فى سلوكه الظاهر فلا شأن للقانون به . ذلك أن القاعدة القانونية لا تُعنى بالمشاعر والأحاسيس التى لا تخرج عن مكنونات النفس ومؤتمن الثقاثات ، ولا تبرح حيّز النية أو الضمير(١) . ولكن إذا صحب النية المجردة سلوك خارجى ، تدخّل القانون . ويحتفل القانون بالنية المبيّتة فى بعض الأحايين ، فتراه يعاقب بالإعدام على جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار ، فإذا لم تتوافر نية القتل أصلا ، كأن دهم شخص بسيارته شخصاً آخر فقتله ، عوقب مرتكب الحادث بالحبس أو الغرامة عن جريمة القتل الخطأ .

أنواع القاعدة القانونية :

١٥٣ – رأينا أنّ القانون عبارة عن مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الأفراد فى الجماعة . والقواعد التى يتكوّن منها القانون ليست كلها من صنف واحد ، ولكنها تنقسم إلى أصناف متعدّدة . وقد جرى علماء القانون على تقسيمها إلى قواعد تتبع القانون العام وأخرى تتبع القانون الخاص ، وإلى قواعد آمرة أو ناهية وأخرى مقررة أو مكمّلة أو مفسّرة ، وإلى قواعد مكتوبة وغير مكتوبة ، وإلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية .

القانون العام والقانون الخاص :

١٥٤ – إن وظيفة القواعد القانونية هى تنظيم العلاقات التى تقوم فى

= – واقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادى الذى تفرضه السلطة العامة هو الذى يميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى كما ذكرنا فى موضع سابق .

– ويجدر التنويه بأن احترام الناس للقانون لا يكون دائماً منبعثاً من خوفهم من العقاب ، بل قد يرجع إلى عوامل نفسية واجتماعية أخرى . ولا شك أن أفضل المجتمعات هى التى يخضع الأفراد فيها لحكم القانون بشعور ذاتى منبعث عن حب النظام ، ووازع نفسى ينفر من الفوضى .

(١) وذلك على عكس الأخلاق ، فهى تعنى بالنوايا والبواعث ولو لم يصحبها سلوك خارجى ، وكذلك قواعد الدين التى تقرر أن الأعمال بالنيات .

– وهذا الاختلاف بين القانون والأخلاق يؤدى إلى اختلافهما فى النطاق ، فدائرة الأخلاق أوسع شمولا من دائرة القانون ، وإن تداخلت الدائرتان فى جزء كبير من محيطها - أنظر الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٦١ ص ١٩ .

المجتمع . وهذه العلاقات تتنوّع بالنسبة للأشخاص الذين تقوم بينهم . فمن تلك العلاقات ما يقوم بين فرد وآخر ، ومنها ما يقوم بين الدولة ودول أخرى ، أو بين الدولة وأحد الأفراد من رعايا الدول الأخرى . ووجود الدولة طرفاً فى تلك العلاقات القانونية هو الأساس الذى تقوم عليه هذه التفرقةُ بين القانون العام والقانون الخاص . فالقاعدة القانونية التى وُضعت لتحكم العلاقة التى تكون الدولة طرفاً فيها ، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، تدخل فى القانون العام ، الذى يسميه البعض بالقانون الذى يستند إلى القوة Droit autoritaire أما القاعدة التى تحكم علاقة لا توجد الدولة طرفاً فيها ، أو وجدت الدولة فيها ولكن ليس بصفتها صاحبة السلطة والسيادة والسلطان ، فهى تتبع القانون الخاص الذى يسمى حينئذ بالقانون الذى يستند إلى المساواة Droit égalitaire .

وإذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة فى الفقه ، فإنّ أهميتها ليست نظرية محضة ، بل هى عملية كذلك(١) . فالقانون العام ، وهو يحكم المسائل المتعلّقة بالسيادة ، يضع تحت تصرف الدولة فى العمل من الوسائل ما لا يخوّلها القانون الخاص للأفراد . فتفرض تكاليف عامّة على الأفراد ، أو الالتجاء إلى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به ، مما يدخل فى اختصاص وظيفتها التى تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للجماعة ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء إلى القضاء ، ونزع ملكية الأفراد جبراً عنهم للمنفعة العامة ، وغير ذلك من الامتيازات التى لا يستطيع الأفراد العاديون ممارستها .

ويترتب على ذلك أن علاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد خاصة تختلف عن القواعد التى تحكم رب العمل بعماله . كما تخضع العقود التى تعقدها الإدارة ، غالباً ، لقواعد استثنائية ، تخالف القواعد العادية المقررة للعقود فى القانون الخاص(٢) .

(١) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ص ٥١ – الدكتور حسن فرج ، المرجع السابق ص ٢٥ .

(١) تظهر فائدة التفريق بين القانون العام والقانون الخاص كذلك فى الدول التى يوجد فيها نوعان من المحاكم، العادية والإدارية أو القضاء الإدارى . فى فرنسا مثلا توجد =

– هذا ويشمل كلا القانونين العام والخاص فروعاً عديدة . فالقانون العام ينقسم إلى قانون عام خارجي ويشمل القانون الدولي العام[1] ، وقانون عام داخلي ويشمل القانون الدستوري والقانون الإداري ويلحق به القانون المالي ، والقانون الجنائي الذي يشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية . ويشمل القانون الخاص فروعاً أساسية خمسة هي : القانون المدني والقانون التجاري ، ويلحق به قانون التجارة البحرى ، وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص .

القانون الدستوري

١٥٥ – القانون الدستوري هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يحدد نظام الحكم في الدولة ويبيّن السلطات العامة فيها ، ويوزع الاختصاصات فيما بينها ، ويحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها

= محاكم إدارية على رأسها مجلس الدولة الفرنسي إلى جانب المحاكم العادية وتختص بالفصل في الخصومات الإدارية الناتجة عن مسئولية الدولة والأشخاص الإدارية العامة الأخرى ، وتطبق على هذه المسئولية قواعد القانون العام ، وبصورة خاصة قواعد القانون الإداري لا قواعد القانون الخاص .

(١) يهتم القانون الدولي العام ، بصورة أساسية ، بتنظيم العلاقات بين الدول ، أو بالأحرى هو ذلك القانون الذي ينظم العلاقات بين أشخاص **Sujets** القانون الدولي – أنظر **Ch. Rousseau «Droit International Public» Sirey 1953 p. 7.**

– وينكر كثير من الباحثين على قواعد القانون الدولي العام اتصافها بصفة القانون ، ومنهم « أوستن » صاحب النظرية الوضعية في أساس القانون ، والتي تكتفي باعتبار تلك القواعد من « الأخلاق الإيجابية » **Positive moral** . وهم يستندون في دعم مذهبهم إلى عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تضع قواعد ذلك القانون ، ثم تتولى تنفيذها وتوقيع الجزاء على الدولة التي لا تحترمها . ومن أنصار هذا الرأى أيضاً ، جلينك لاسون **Jellinek - Lasson** في ألمانيا ، وفيرنديير **Ferrandiere** في فرنسا ، وإدموند **Edmunde** في الولايات المتحدة الأمريكية .

ويرد الفريق الذي ينادي بالصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام بأن وجود السلطة العليا لا يلزم لنشوء كل أنواع القواعد القانونية ، لأن التشريع ، كما سنرى عند دراستنا لمصادر القانون ، ليس هو المصدر الوحيد للقانون . فالعرف وسوابق القضاء ومبادئ العدالة ، كلها مصادر قانونية لها قيمتها . بل إن بعض النظم القانونية ، كالنظام الإنجليزي ، لا يزال يعتبر السابقة القضائية أهم مصادر القانون البريطاني . وانعدام القضاء لا يؤثر على وجود القانون ، فضلا عن قيام محكمة العدل الدولية عام ١٩٤٥ ، وقراراتها القضائية واجبة التنفيذ ، شأنها شأن الأحكام الصادرة من المحاكم الداخلية .

البعض ، وينص على ما للأفراد من حقوق وحريات عامة قبل الدولة والواجبات الأساسية التي تقع عليهم . وهو ، من حيث موضوعه ، يتضمن شكل الدولة : موحدة أو متحدة . جمهورية أو ملكية . وكذلك نوع الحكومة : برلمانية أو رياسية .

ويبين القانون الدستوري كذلك توزيع السلطات في الدولة والعلاقة بينها ، وهي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية[1] .

وتنقسم الدساتير من حيث طريقة تعديلها إلى نوعين : دستور مرن ، وهو الذي يمكن تعديل أحكامه بنفس الإجراءات اللازمة لتعديل القوانين العادية ، أي دون الالتجاء إلى إجراءات استثنائية[2] ، ودستور جامد ، وهو الذي يستلزم لتعديله إجراءات خاصة ، ولا يكفي لذلك صدور قانون عادي[3] .

القانون الاداري[4] :

١٥٦ – القانون الإداري هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي

(١) ويلاحظ أن مبدأ الفصل بين السلطات هو الذي يسود دساتير الدولة الحديثة .

(٢) وأكثر الدساتير مرونة هي الدساتير العرفية ، والدستور الإنجليزي هو أكمل نموذج للدساتير المرنة .

(٣) وينكر البعض على القانون الدستوري اعتباره قانوناً بالمعنى الصحيح ، لعدم وجود سلطة منظمة تكفل احترام قواعده وتوقع الجزاء على من يخالف أحكامه – أنظر الدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٧ ص ٥٨ – الدكتور محمود جمال الدين زكي « دروس في مقدمة الدراسات القانونية » ١٩٦٤ ص ١٧١ .

ونحن نرى أن القانون الدستوري يستكمل كل مقومات القانون ، فمخالفة قواعد الدستور لا تخلو من رد فعل مادي يعتبر جزاء لها . بل إن هذا الجزاء يفوق في خطورته أي جزاء آخر يمكن أن يكفل احترام النظم والقواعد القانونية ، فسحب ثقة البرلمان من الحكومة التي تنتهك حرمة الدستور ، وإسقاطها ، أو ثورة الشعب التي تطيح بهذه الحكومة ، هو خير دليل على قوة الجزاء المرسل الذي تتمتع به قواعد القانون الدستوري – أنظر الدكتور علي محمد بدير ، المدخل لدراسة القانون ١٩٧٠ ص ٦٣ حيث يعتنق هذا النظر .

(٤) القانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري ، فهذا القانون الأخير هو الذي ينظم السلطة التنفيذية من حيث تكوينها ووظيفتها ، ثم يأتي القانون الإداري بعد ذلك ليحدد كيفية سير تلك السلطة في أداء وظيفتها . ويصور الفقيه بارتيلمي **Barthelmey** ، العلاقة بينهما بقوله : « إن القانون الدستوري يرينا كيف شيدت الأداة الحكومية وكيف ركبت أجزاؤها ، أما القانون الإداري فيبين لنا كيف تعمل تلك الأداة وكيف يتحرك كل جزء من تلك الأجزاء » .

الذى ينظم الإدارة العامة والأشخاص الإدارية التى تتولاّها ، ويحدد السلطات والحقوق التى تتمتع بها وتمارسها هذه الأشخاص الإدارية بقصد تسيير المرافق العامة ، وبتعبير آخر فإنه يتكون من مجموعة القواعد والأحكام التى تهيمن على تنظيم السلطة التنفيذية وأداتها الإدارية ، وتعيين اختصاصاتها وحدود شرعية تصرفاتها .

ويمكن إرجاع القواعد التى يتضمنها القانون الإدارى ، من حيث الموضوع ، إلى تلك التى تتعلق بالأمور الآتية :

١ ـ تنظيم الأداة الحكومية من حيث نوع الخدمات التى تؤديها للأمة والتى تقوم بأداء كل منها إدارة خاصة ، مثـل القضاء والدفاع والتعليم والصحة والمواصلات .

٢ ـ المرافق العامة القومية ، كمرفق الدفاع والأمن ، والمرافق العامة المحلية التى تهم سكان منطقة معينة دون سواهم ، كتزويد سكان مدينة معينة بالماء وإنارة قرية بالكهرباء . ويسير بعض الدول فى هذا الخصوص على نظام المركزية الإدارية ، بينما يتبنّى البعض الآخر نظام اللامركزية الإدارية .

٣ ـ تنظيم العلاقة بين الادارات المختلفة وبين موظفيها من حيث تعيينهم وترقيتهم وعزلهم ، وبصورة عامة من حيث حقوقهم قبل الإدارة وواجباتهم نحوها .

٤ ـ دراسة مسئولية الدولة عن أعمالها الإدارية ، أى الفصل فى المنازعات التى تقوم بين الإدارة والأفراد .

٥ ـ دراسة الامتيازات والوسائل التى تسهّل للإدارة أداء مهمتها لتحقيق المصلحة العامة ، فنظرية القرارات الإدارية والعقود الإدارية تحتل مركزاً مرموقاً فى القانون الادارى .

٦ ـ القواعد التى تحدد أموال الدولة الخاصة ، أو الدومين الخاص ، وهى التى تملكها الدولة كما يملك الأفراد أموالهم وتتصرف فيها كما يتصرفون ، وتلك التى تحدد أموالها العامّة أو الدومين العام ، وهى تلك المخصصة للمنفعة العامة والتى يحق للجمهور أن يستفيد منها فى حدود ما يقضى به القانون .

القانون المالى

١٥٧ ـ ويسمى أحياناً التشريع المالى ، ويتضمن القواعد التى تنظم

مالية الدولة ، أى تلك التى تبيّن موارد الدولة ـ وأهمها الضرائب من مباشرة وغير مباشرة ، وكذلك ما تحصل عليه الدولة من أجور الخدمات التى تؤديها للأفراد ، أو ما يعود عليها من إيرادات أملاكها التى تستغلها كما يستغل الأفراد أملاكهم ، وطرق جباية هذه الموارد ، ثم تحديد أوجه الإنفاق وطريقته .

القانون الجنائى [(١)]

١٥٨ ـ هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلى الذى يتكون من مجموعة القواعد الموضوعية التى تحدد ما يعتبر جرائمَ من الأفعال ، والعقوبة المقررة لكل منها ، والإجراءات التى تتبع فى توقيع العقاب على المتهم إذا ثبت جرمه . ومن هذا يظهر لنا أن القانون الجنائى يتضمّن قواعد موضوعية وقواعد إجرائية أو شكلية . فالقواعد الموضوعية تحدد الجرائم وتبين العقوبة لكل جريمة ، وقد استقرّت تسمية هذه القواعد بقانون العقوبات . والقواعد الشكلية تنظم القضاء الجنائى واختصاصه ، وتبيّن كيفية تعقب المجرم والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه ، وتُسمى بقانون الإجراءات الجنائية .

القانون المدنى

١٥٩ ـ يراد به مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الناشئة بين الأشخاص ، إلا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص ، أو بعبارة أدق ، هو الأصل الذى تتفرع عنه فروع القانون الخاص ، وخاصة القانون التجارى وقانون المرافعات . ويُطلق على القانون المدنى الشريعة الأصلية أو الغالبة أو

(١) يرى بعض الفقهاء ، وخاصة فقهاء الألمان ، أن القانون الجنائى يدخل فى نطاق دائرة القانون الخاص لا القانون العام . وحجتهم فى ذلك أن معظم الجرائم تقع على الأفراد ، وتحدث بالدرجة الأولى ضرراً فردياً ، ويكون من شأن الشخص المتضرر المطالبة بحقوقه نتيجه التعدى الواقع عليه . ويرد على ذلك بأن الجريمة التى ينشأ عنها ضرر بأحد الأفراد ، يترتب عليه حق مطالبة المضرور للجانى بالتعويض الذى يخضع لأحكام القانون المدنى ، ينشأ عنها أيضاً علاقة أخرى بين الجانى والدولة ، انطلاقاً من أن الجريمة التى تمس الفرد ، تمس فى ذات الوقت الدولة نفسها التى من واجبها الأساسى استتباب الأمن والنظام ، وهذه العلاقة الأخيرة ، دون الأولى ، هى التى يدخل تنظيمها فى القانون الجنائى . ولا أدل على أن القانون الجنائى من فروع القانون العام ، من أن المجنى عليه لا يملك الصفح عن الجانى بمجرد تنازله ، وإن نصت بعض مواد قوانين الإجراءات الجنائية على جرائم يصح التنازل عنها ، بيد أن الجريمة ، مع ذلك ، باقية وإن أسقط المجنى عليه حقه الشخصى .

العامة فى الدولة . ويترتب على ذلك أن القواعد الأساسية للقانون الخاص التى تحكم كافة فروعه ، توضع عادة فى المجموعات المدنية ، دون مجموعات الفروع الأخرى[(١)] . وإذا كانت قواعد فرع معين من القلة ، بحيث لا تدعو الحاجة إلى تجميعها فى مجموعة مستقلة ، فإنها ترد عادة فى القانون المدنى[(٢)] . كما أنه إذا خلت فروع القانون الخاص الأخرى من قاعدة قانونية واجبة التطبيق ، أو تتضمن حكماً لمسألة معينة ، وجب الرجوع إلى القانون المدنى وتطبيق الحكم الذى يقضى به ، ما لم يتعارض هذا الحكم مع طبيعة القواعد التى يتضمنها الفرع الخالى من القاعدة القانونية التى تواجه النزاع أو الحالة المعروضة[(٣)] .

والعلاقات التى يهتم القانون المدنى بتنظيمها بين الأفراد ، تنقسم إلى قسمين :

١ ــ العلاقات المتعلقة بالأسرة ، وتسمى الأحوال الشخصية **Statut personnel** لأنها تدور حول شخص الإنسان نفسه . والأصل أن القانون المدنى هو الذى ينظم الأحوال الشخصية ، وهذا ما سارت عليه أغلب الدول . بيد أننا نجد فى مصر أن ثمة قوانين خاصة بالأحوال الشخصية تقنت خارج نطاق القانون المدنى ، وقد سبق الإشارة إليها فى التمهيد لهذا الكتاب . كما نجد فى العراق القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ ، المسمى بقانون الأحوال الشخصية ، قد تناول بالبحث ، خارج نطاق القانون المدنى أيضا ، الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة

(١) فنجد القانون المدنى العراقى مثلا يتضمن باباً تمهيدياً ، خصص فصله الأول لتطبيق القانون ، والثانى للأشخاص : طبيعية ومعنوية ، والثالث للأشياء والأموال والحقوق . وتعتبر جميع هذه الأحكام مبادىء أساسية تسرى على كل فرع من فروع القانون الخاص ، وقد تتعداها إلى فرع أو أكثر من فروع القانون العام .

(٢) وعلى هذا الأساس نجد القانون المدنى العراقى يتضمن النصوص الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان (م ١٤ ــ ٣٣) ، كما يتضمنها القانون المدنى المصرى (م ٦ ــ ٢٨) وهى تعتبر من المبادىء الأساسية للقانون الدولى الخاص .

(٣) وهكذا نجد المادة الثالثة من قانون التجارة العراقى رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ تنص على أن « يفصل فى القضايا التجارية بموجب المقاولات المعتبرة قانوناً ، وعند عدم وجود مقاولة فبمقتضى قانون التجارة أو دلالته ، وفى حالة عدم إمكانية فصلها ، وفق ما تقدم ، فتراعى فى ذلك العادة التجارية ، على أن ترجح العادة المحلية أو الخاصة على العادة العامة ، وإذا لم توجد عادة تجارية فتطبق أحكام القانون المدنى » .

لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث . ونشير هنا إلى أن القواعد التى تتعلق بالأحوال الشخصية ، تستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ومن الفقه الإسلامى بالنسبة للمسلمين ، أما قضايا الأحوال الشخصية لغيرهم ، فتختص بالفصل فيها مجالس خاصة تطبق قواعد دياناتهم .

٢ ــ العلاقات المالية ، وتسمى بالأحوال العينية **Statut réel** وهى تضم كل ما يتصل بالمعاملات المالية بين الأفراد . وتشمل القواعد الخاصة بتحديد الأموال أنواعها وبيان الحقوق التى ترد عليها ، وهى الحقوق العينية ، والحقوق الشخصية ، والحقوق الأدبية .

القانون التجارى

١٦٠ ــ وهو ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذى ينظم العلاقات بين طائفة التجار والناشئة عن الأعمال التجارية . وهو يبين متى يعتبر الشخص تاجرا ، سواء كان فرداً أو شركة ، كما يبين الأعمال التجارية التى تسرى عليها أحكام القانون التجارى . وينظم كذلك الشركات والعقود التجارية والأوراق التجارية التى غالبا ما تتخذ وسيلة للوفاء بالديون المترتبة على أعمال التجارة كالكمبيالات والشيكات والسندات ، وحالات توقف التجار عن دفع ديونهم ، وما قد يتبع ذلك من إشهار إفلاسهم .

القانون التجارى البحرى[(١)]

١٦١ ــ وهو مجموعة القواعد التى تنظم التجارة عبر البحار . وهذا الفرع من فروع القانون كان إلى وقت قريب ، ولا يزال فى بعض الدول ، يلحق بالقانون التجارى . ولكن نظراً لاتساع أهمية نشاط التجارة البحرية ، فقد ظهرت مبادىء أساسية يلزم اتباعها لتنظيم هذا النوع من التجارة . وقد اتسع نطاق تطبيق هذه المبادىء والأسس ، وأضحت « السفينة » ذاتها هى المحور الذى تهدف إلى تنظيمه تلك القواعد والأسس فتراها تهتم بدراسة طبيعتها القانونية وجنسيتها وملكيتها وتسجيلها وكيفية الحجز عليها . وكون تلك السفينة معرضة لأخطار جسيمة ، وكذلك وجودها فى أغلب الأوقات بعيدة عن

(١) الدكتور ثروت عبد الرحيم « مبادىء القانون البحرى العراقى » ١٩٦٩ .

صاحبها ، أدّى إلى انفصال القانون البحرى عن القانون التجارى العادىّ أو البرى .

ويهتم القانون البحرى أيضا بدراسة أشخاص الملاحة البحرية ، مثل مسئولية مالك السفينة والربان وبحارة السفينة ، وبالعقود التى تتعلّق بالتجارة البحرية ، كعقد الشحن وعقد النقل البحرى والقرض البحرى والتأمين على السفن والبضائع[1] .

قانون العمل[2]

١٦٢ — وهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات والروابط التى تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال ، بمعنى أن موضوع قانون العمل هو العلاقات القانونية التى تنشأ عن العمل التابع ، أى العمل الذى يكون الملتزم بأدائه ، وهو العامل ، فى أثناء تأديته ، تابعاً لصاحب الحق فيه ، وهو رب العمل ، وخاضعاً لإشرافه . وقانون العمل ، كفرع مستقل عن فروع القانون ، حديث النشأة ، فقد خلقت الثورة الصناعية التى حدثت فى العالم عقب استعمال الآلات الحديثة ، طبقة جديدة فى المجتمع هى طبقة العمال ، وأدّى ظهور الإنتاج الكبير ، الذى ضاعف من قوة صاحب العمل ، بقدر ما زاد

(١) من الجدير بالذكر أن نشير إلى أنه لا توجد فى العراق محاكم خاصة تسمى « المحاكم التجارية » لتنظر شئون التجارة والمعاملات التجارية ، وإنما ينظر القضاء المدنى العادى فى المسائل التجارية الناشئة عن الدين التجارى والتأمين البحرى وغير ذلك من العقود والتصرفات التجارية ، بينما تنظر هذه المسائل فى مصر محاكم تجارية أنشئت بقرار من وزير العدل .

(٢) قانون العمل المعمول به حالياً فى جمهورية مصر هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وقبله القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ . أما فى العراق فقد صدر قانون العمل رقم ١ لسنة ١٩٥٨ ، وقبله كانت علاقات العمل خاضعة لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد . ثم عدل ذلك القانون بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٦٤ الذى قرر مبدأ مساهمة العمال والموظفين فى أرباح الشركات والمشاريع الصناعية ، والقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٦٤ المتعلق بمشاركة العمال فى مجالس إدارة الشركات الصناعية المساهمة والمشاريع الصناعية التابعة المؤسسة الاقتصادية ، ثم قانون المؤسسة الثقافية العمالية رقم ٩٦٢ لسنة ١٩٦٤ . وإلى جانب ذلك صدر فى العراق أيضاً قانون إلزام أصحاب المشاريع الصناعية بتشييد مساكن العمال ، وهو برقم ٨٤ لسنة ١٩٥٨ ، كما صدرت فى العراق ومصر قوانين التأمينات الاجتماعية ، الأمر الذى أدى إلى استقلال قانون العمل ، وتدريسه كمادة مستقلة .

فى ضعف العامل ، إلى ظهور قانون خاص لتنظيم علاقات العمل ، يحمل طابع الحماية للطبقة العاملة .

وقد أدّى تطوّرُ قانون العمل إلى أن يحتلّ القانون العام مكاناً هاماً فيه بسبب تزايد تدخل الدولة فى تنظيم علاقاتِ العمل ، بما لها من سلطة آمرة من جهة : كما فى تنظيم العمل ، والتحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، وإنشاء مكاتب حكومية لتشغيل العمال ، أو عن طريق تقرير عقوبات جنائية على مخالفة أحكام قانون العمل ، وبسبب تأثير نظريات القانون العام ومبادئه فى نظم قانون العمل من جهة أخرى : كما فى عقد العمل المشترك الذى تأثر تكييفه بنظرية المركز القانونى المعروفة فى القانون الإدارى ، كما أوحت قواعد الوظيفة العامة بالأخذ ببعض أحكامها فى قانون العمل : كعدم جواز الحجز على الأجور إلاّ فى حدود شروط معيّنة . وبالإضافة إلى هذه النتائج التى ظهرت كأثر لتدخل الدولة ، فثمة ظاهرة أخرى برزت إلى السطح ، تلك هى إعطاء بعض الجماعات الخاصة صفة الهيئات العامة . فالنقابات العمالية أخذت تساهم فى تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية[1] :

وقد كان موقف الفقه الأجنبى ، ولا يزال ، غير حاسم فى تحديد معنى تطور قانون العمل . فبينما يذهب البعض ، وعلى الأخص الفقهاء الإيطاليون ، إلى أن قانون العمل ، بالرغم من ذلك التطوّر ، ما برح فرعاً من فروع القانون الخاص ، إذا بالفقهاء الألمان والفرنسيين يميلون إلى اعتبار قانون العمل فرعاً من القانون العام . وذهب فريق آخر إلى القول بأن قانون العمل قد أدّى إلى ضعضعة الأسس التى يقوم عليها التقسيمُ التقليدىّ للقانون إلى عام وخاص ، وأن ثمة قسماً ثالثاً للقانون أطلقوا عليه اسم « القانون الاجتماعى »[2] .

(١) أنظر الدكتور على محمد بدير ، المرجع السابق ص ٨١ — الدكتور محمد جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ١٨٤ — الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ص ٦١ .

(٢) يقصد بعض الفقهاء بالقانون الاجتماعى تلك القواعد التى تهدف إلى تنظيم الحياة الاقتصادية والمهنية ، أى التجارة والصناعة والعمل . وهم يقررون أن لهذا القانون خصائص منها أنه حديث النشأة ، وجماعى الطابع ، وأنه تضامنى . ويشمل الفروع التالية : ١ — التشريع الاقتصادى : ويعرف بأنه مجموعة النصوص القانونية التى تحكم تدخل الدولة فى الحياة الاقتصادية من أجل الحفاظ على مصالح الاقتصاد القومى . ٢ — قانون العمل : وهو

قانون المرافعات المدنية والتجارية :

١٦٣ — من المبادئ الأساسية التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم في المجتمعات الحديثة ، مبدأ عدم جواز أن يتقاضى الفرد حقه بنفسه ، إذا ما قرر القانون له حقاً ونازعه فيه فرد ، بل يجب عليه الالتجاء إلى السلطة العامة لحماية هذا الحق ، كما يتعين عليه أن يسلك سبيلاً معيناً عندما يطلب عون السلطات العامة لتحقيق غايته ، ويكون ذلك برفع الدعوى إلى القضاء . وكيفية رفع الدعوى ، وبيان المحكمة المختصة ، وكيفية سير المرافعة ، وإصدار الأحكام والطعن فيها ، ثم اتخاذ إجراءات تنفيذها ، كل ذلك يبينه قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي يمكن تعريفه بأنه « مجموعة القواعد التي تنظم الإجراءات اللازم اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدني والقانون التجاري » . فهو ينطوي على قواعد شكلية ، شأنه في ذلك بالنسبة إلى القانون المدني والتجاري ، شأن قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى قانون العقوبات[1] .

القانون الدولي الخاص :

١٦٤ — في كل نزاع يثور ، بشأن علاقات ذات عنصر أجنبي ، يتحتم علينا ، ونحن بسبيل الفصل فيه ، أن نعرف أولا المحكمة المختصة بنظر

—مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التي تنشأ بين المشروع وأصحاب الأجور الذين يعملون فيه . ٣ — قانون الضمان الاجتماعي : وهو مجموعة القواعد التي تهدف إلى تنظيم حماية الفرد ضد جميع المخاطر التي قد يتعرض إليها الإنسان ، عن طريق تضامن عام وإجباري .

أنظر حول هذا الموضوع **Paucatore "Introduction a La Science du Droit" P. 20—25 Luxembourg 1960.**

(١) تحتل القواعد الإجرائية بوجه عام ، والقواعد الإجرائية في المواد المدنية والتجارية بوجه خاص ، أهمية قصوى في الفكر القانوني وفي العمل القضائي على وجه الخصوص باعتبارها التي تتولى تحديد وسيلة اتصال القضاء بالمنازعات وسبيله إلى تحري الحق ثم إقراره ، وهو غاية ما يستهدفه كل قانون .

— والقانون المعمول به الآن في جمهورية مصر هو القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، ويقابله في العراق القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ، وإن كان المشرع العراقي قد أدرج بعض أحكام التنفيذ في قانون خاص ، يسمى بقانون التنفيذ ، وهو القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ . أما البعض الآخر من القواعد والأحكام التنفيذية ، فقد نص عليها المشرع العراقي في قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية . وعلى ذلك فإذا لم يوجد نص في قانون التنفيذ في موضوع معين ، وجب الرجوع إلى أحكام أصول المرافعات المدنية والتجارية .

هذا النزاع ، هل هي المحكمة الوطنية أو الأجنبية ؟ ثم يتعين بعد ذلك أن تعرف القانون الذي يحكم هذا النزاع ، هل هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي . والقواعد التي ترشدنا إلى المحكمة المختصة ، وتلك التي تهدينا إلى القانون الواجب التطبيق ، هي التي يتكون من مجموعها القانون الدولي الخاص الذي هو قانون وطني برغم ما تشعر به تسميته من كونه دولياً . والأحكام التي تدخل في صميم دائرة هذا القانون لا تحسم النزاع الذي يثور بشأن العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، وإنما مهمتها مقصورة على بيان ما إذا كان الاختصاص بنظر النزاع معقوداً للمحكمة الوطنية أولا ، ثم ما إذا كان محكوماً بقواعد القانون الوطني أو تحكمه قواعد قانون دولة أخرى . فقواعد القانون الدولي الخاص أقرب إلى القواعد الشكلية منها إلى القواعد الموضوعية .

القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

١٦٥ — يضع القانون ، في تنظيمه للمجتمع ، قيوداً على حريات الأفراد ونشاطهم . بيد أنه لا يسلك هذا السبيل بصورة مطلقة ، بل يترك لهم قدراً من الحرية في تنظيم علاقاتهم بالغير . وهكذا تنقسم القواعد القانونية ، من حيث قوة عنصر الإلزام فيها ، إلى قسمين : قواعد آمرة **Régles impératives** أو ناهية **Prohitatives** وقواعد مكملة أو مقررة **déclaratives** أو مفسرة **interprétatives** أو متممة .

ويقصد بالقاعدة القانونية الآمرة كل قاعدة تمنع الاتفاق على خلاف ما جاء فيها من أحكام ، فهي قاعدة مطلقة التطبيق ، وخطابها إلى الأفراد مطلق ، وحريتهم في استبعاد تطبيقها منعدمة ، مثل القواعد الخاصة بتحديد سعر الفائدة ، وتلك التي تحدد المحرمات من النساء ، أي تمنع الأفراد من مخالفتها بالزواج من إحداهن .

أما القاعدة القانونية المكملة ، فهي القاعدة التي يترخص فيها للأفراد استبعاد تطبيق أحكامها والاتفاق على عكس ما جاء فيها ، فإن حصل مثل هذا الاتفاق استبعد حكمها ، فهي قاعدة نسبية التطبيق ، وخطابها إلى الأفراد نسبي ، وحريتهم في استبعاد تطبيقها موفورة . فالقاعدة القانونية التي تلزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية في العين المؤجرة أثناء عقد

الإيجار ، تعتبر قاعدة مكمّلة لإرادة الأفراد ، وهى لا تنطبق إلاّ إذا لم يكن ثمّ اتفاق مخالف بين المتعاقدين اللذين يحل لهما استبعاد تطبيقها ، والاتفاق على تحميل المستأجر مسئولية هذه الترميمات[1] .

ولا شك أن القواعد القانونية المتصلة بالنظام العام هى كلها قواعد آمرة ، وتتصل أكثر قواعد القانون العام ، بحكم طبيعتها ، بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على استبعاد أحكامها بإرادة الأفراد .

وتتزايد القواعد القانونية المتصلة بالنظام العام فى نطاق القانون الخاص فى ظل النظام الاشتراكى ، وتبعاً تكثر القواعد القانونية الآمرة . بيد أن ذلك لا يبرر اعتبارها من قواعد القانون العام ، بل تظل فى نطاق القانون الخاص ما دامت تحكم حالة الأشخاص وتنظّم الروابط بينهم ، وما دامت الدولة بوصفها سلطة عامّة تظل بمنأى عنها ولا تكون طرفاً فيها .

التمييز بين القواعد الامرة والقواعد المكملة او المقررة

١٦٦ – معيار التفرقة بين نوعى القواعد هو معيار مزدوج ، أولهما مادى أو شكلى أو لفظىّ ، وثانيهما معنوىّ. أما المعيار المادى فإنه يمكننا من الاهتداء إلى نوع القاعدة بالرجوع إلى مادة القاعدة القانونية ذاتها، فإذا تبيّن من عبارة النص عدم جواز الاتفاق على مخالفة حكمه ، كانت القاعدة آمرة[2] ، أما إذا أفادت صحة هذا الاتفاق ، كانت مكمّلة أو مقررة . وقد لا تسعفنا صياغة النص فى استخلاص الصفة الآمرة أو المكملة للقاعدة القانونية ، وحينئذ لا مناص من استكناه معنى النص أو مضمونه ، لا لفظه ، ومن هنا كانت تسمية هـذا المعيار بالمعيار المعنوىّ . فإذا أفاد معنى نص معين أن القاعدة التى يتضمّنها لا

(١) ومثال ذلك فى القانون المدنى العراقى ، وجوب أداء الثمن فى المكان الذى يسلم به المبيع ، فيصح أن يتفق البائع والمشترى على أداء الثمن فى المكان المشترط فى العقد (م٥٧٣)، ووجوب تسليم المشترى الثمن معجلا ، أى قبل استلامه المبيع ، فيجوز اتفاق البائع والمشترى على أن يكون الوفاء بالثمن مؤجلا بعد استلام المبيع ، كما يجوز اشتراط تقسيط الثمن (م ٥٧٤ ، ٥٧٥) . ويطلق على هذا النوع اسم القواعد المفسرة ، على أساس أن سكوت الأفراد عن النص على حكم مخالف لها ، يفسر على أن نية المتعاقدين انصرفت إلى تطبيق حكم القاعدة .

(٢) ويعبر المشرع عن ذلك بأى لفظ يؤدى إليه ، كأن يفصح عن أن الخروج على القاعدة يعتبر باطلا ، أو يضع النص فى صيغة الأمر أو النهى .

يصح الاتفاق على خلافها ، كانت القاعدة آمرة ، وإن أفاد العكس كانت القاعدة مقررة أو مكملة . وهذا المعيار وإن كان ليس حاسماً كالمعيار المادى ، بل هو تقديرىّ ومرن، إلاّ أنه يساعد إلى حدّ بعيد على تحديد نوع القاعدة . فإذا أفاد معنى النص أن حكمه ينظم علاقة تمسّ كيان الجماعة أو مصلحة من مصالحها الأساسية ، لم يصح الاتفاق على مخالفة القاعدة التى يتضمّنها ، وكانت هذه القاعدة بالتالى آمرة . أما إذا أفاد معنى النص تنظيم علاقة خاصةً بالأفراد ، مما ليس فيه مساس بكيان الجماعة أو بإحدى مصالحها الأساسية ، صحّ الاتفاق على خلاف حكمه ، وكانت القاعدة التى يتضمّنها هى قاعدة مقررة أو مكمّلة . وما يتصل بكيان الجماعة أو بكيان الدولة أو بمصلحة من مصالحها الأساسية ، يطلق عليه « النظام العام والآداب » . وعلى ذلك فكل ما لا يتصل من القواعد بالنظام العام وبحسن الآداب ، قواعد مكملة أو مقررة .

النظام العام L'ordre Public

١٦٧ — هو كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التى يلزم تحقيقها حتى تسير فى طريق التقدم والرقى ، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . وفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من بلد إلى آخر ، كما تختلف فى البلد الواحد باختلاف الأمكنة والأزمان . فتعدد الزوجات ، مثلاً ، يقع مخالفاً للنظام العام فى البلاد الأوربية ، ومن ثم يقع باطلاً كل اتفاق يستهدف هذا التعدّد . ولكن تعدد الزوجات مسموحٌ به فى كثير من الدول الإسلامية بالنسبة للمسلمين . ونظام الرق كان مسموحاً به إلى وقت ليس ببعيد فى كثير من الدول ، فى حين أنه محرم اليوم فى أغلبها .

ويمكن القول بأن جميع القواعد القانونية التى تدخل فى نطاق القانون العام ، تتعلق بالنظام العام . وكذلك قواعد القانون الخاص التى تنظم الأحوال الشخصية ، لأن الفرد والأسرة يكوّنان الأساس الذى يقوم عليه كيان المجتمع ، أما قواعد القانون الخاص التى تنظم الأحوال العينية أو المعاملات ، فإن معظمها يخرج عن نطاق النظام العام ، ومن ثم فهى قواعد مقررة تجوز مخالفتها .

ومما هو جدير بالملاحظة ، أن نطاق النظام العام آخذ فى التوسّع . ولعل

مرجعٌ ذلك هو توغل المبادىء الاشتراكية فى أرجاء المعمورة ، مما تأدّى عنه بالضرورة ضعف المذهب الفردى الذى كان سائدا حتى القرن التاسع عشر ، وهكذا أصبحت اليوم أشياءٌ كثيرةٌ ، كانت حتى الأمس القريب فى مجال سلطان الإرادة ، معدودة من مقومات كيان الجماعة الأساسية . والقضاء فى كل بلد هو الذى يحدد ، فى القضايا التى تطرح عليه ، ما يُعدُّ من النظام العام وما لا يُعدّ(1) .

حسن الآداب Bonnes moeurs

١٦٨ — ويقصد بها قواعد الأخلاق التى تسود فى أمة معينة فى وقت معين . فهى مجموعة من القواعد ، وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها ، طبقاً لناموس أدبىّ يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصّلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس ، وللدين تأثير كبير فى تكييفه(2) .

القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية

١٦٩ — تنقسم القواعد القانونية بحسب موضوعها ، إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية . والقواعد الموضوعية هى التى تحدد الحقوق والواجبات ، كأغلب قواعد القانون الدولى العام والقانون الدستورى والقانون الإدارى والقانون المالى وقانون العقوبات والقانون المدنى والقانون التجارى . أما القواعد الشكلية فإنها تبيّن الإجراءات التى يجب التوسّل بها ، إما لحصول الشخص على حقه ، كما هو الحال بالنسبة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وإما لعقاب المجرم ، كما هو الحال بالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية ، وإما لتعيين المحكمة التى تنظر النزاع المشوب بعنصر أجنبى ، أو تحديد القانون

(١) يلاحظ انعدام القواعد المنضبطة التى يمكن الاستهداء بها فى تقرير ما يصح اعتباره من النظام العام وما هو خارج عن نطاقه .

(٢) الدكتور السنهورى « الوسيط فى شرح القانون المدنى » جـ ١ ، ١٩٥٢ ص ٤٠٠ . وانظر فى هذا المرجع تفصيلا ، الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب .

— وقد نصت الفقرة (أ) من المادة ١٣٢ من القانون المدنى العراقى على أنه « يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام والآداب » .

الواجب التطبيق على هذا النزاع ، كما هو الحال بالنسبة إلى قواعد القانون الدولى الخاص .

القواعد المكتوبة وغير المكتوبة

١٧٠ — تنقسم القواعد القانونية بحسب ما إذا أفرغت فى محررات تتضمّنها إلى قواعد مكتوبة أو مسطورة ، وقواعد غير مكتوبة أو غير مسطورة ، ويطلق على مجموع القواعد الأولى « القانون المكتوب Droit écrit » كما يطلق على مجموع القواعد الثانية « القانون غير المكتوب Droit non écrit » . ومثال الأولى قواعد التشريع ، ومثال الثانية قواعد العرف وقواعد القانون الطبيعى(1) .

وأهمية التفرقة بين هذين النوعين من القواعد إنما تظهر ، بصورة خاصّة ، بالنسبة إلى تفسير القانون : فالتفسير لا يمكن أن يُتصوّر إلا فى القواعد المكتوبة ، لأنه يقوم على استخلاص المعنى من بين طيات الألفاظ التى أريد بها التعبير عنه ، أما القواعد غير المكتوبة فلا تعدو أن تكون مجرد معنى يستقر فى الأذهان ، دون أن يرد فى عبارات خاصة(2) .

(١) على أنه يجب ألا يفهم من هذا أن قواعد العرف مثلا ، وهى قواعد غير مكتوبة ، لم تفرغ فى محرر أبداً ، وإنما المراد أن السلطة التى خلقتها ، وهى المجتمع ، لم توردها لنا فى الشكل الكتابى .

(٢) كانت فرنسا ، حتى مطلع القرن التاسع عشر ، مقسمة إلى أجزاء أو أقاليم من الناحية القانونية ، ويخضع كل منها إلى قانون خاص به . فكانت الأقاليم الشمالية تخضع لقوانين مستمدة من العرف ، ولذلك أطلق عليها بلاد العرف **Pays de coutume** ، أما الأقاليم الجنوبية فكانت ، بسبب قربها من روما ، تخضع لقانون مستمد من القانون الرومانى ، لذلك سميت ببلاد القانون المكتوب . وفى عام ١٨٠٤ ، وحد نابليون القانون المدنى فى فرنسا كلها ، وجمع أحكامه فى مجموعة أطلق عليها مجموعة نابليون **Code Napoleon**.

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

١٧١ — نقصد بالمصادر هنا وسيلة التعبير القادرة على إكساب القاعدة القانونية قوتها الملزمة للجماعة ، وهذا المصطلح هو الدارج فى الفقه القانونى ، وإن كنا نفضل أن نستبدل به « أدلة الأحكام القانونية[1] » . ونبادر إلى القول بأن الفقه لا يعتبر بوجه عام مصدراً للقاعدة القانونية ، كما لا يعتبر القضاء مصدراً كذلك فى الدول التى لا تأخذ بنظام السوابق القضائية[2] ،

(١) وهذه التسمية مستمدة من أصول الفقه ، بعداً عن استعمال العبارات المجازية ، لأن استعمال تعبير مصدر فى هذا المقام هو من قبيل المجاز . وقد ذكرنا فى الكتاب الأول أن الدليل الشرعى فى اصطلاح الأصوليين هو ما يستدل بصحيح النظر فيه على حكم شرعى عملى — أنظر بدران أبو العينين بدران ، أصول الفقه ١٩٦٢ ، ص ٣٤ — د . محمد طلعت الغنيمى ، الأحكام العامة فى قانون الأمم ص ٣٥٢ .

(٢) يقوم القانون الإنجليزى بصفة أصلية على القواعد المستخلصة من السوابق القضائية . فالقضاء يعتبر مصدراً هاماً من مصادر هذا القانون . ومن المعلوم أن القانون الإنجليزى يستقى بعض قواعده فى حدود قليلة من التشريع ، وهذا هو القانون المكتوب ، ويستمد الأغلب الأعم من قواعده مما يسمى بالقانون الشائع **Common Law** الذى يتكون بصفة خاصة من السوابق القضائية .

— وكل ما يمكن أن يقوم به القضاء فى مصر هو أن يكون مرجعاً تفسيرياً ، وإن كان يحدث فى العمل أن المحاكم تتأثر عادة بالمبادىء التى تقررها محكمة النقض ، ومرد ذلك إلى منزلة هذه المحاكم الأدبية من ناحية ، وإلى سلطتها فى نقض الحكم المخالف للتطبيق الصحيح لقواعد القانون من ناحية أخرى . ونحن إذا نظرنا إلى سلطة محكمة النقض فى إلزام محكمة الموضوع ، نجد أن هذا الإلزام نسبى يقتصر على النزاع الذى طرح أمامها فقط ولا يمتد إلى المنازعات المستقبلة . ويظهر ذلك من نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام النقض التى تقضى بأنه فى حالة نقض الحكم وإحالة القضية إلى المحكمة التى أصدرته لتحكم فيها من جديد ، يتحتم على هذه المحكمة أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة الأخيرة . فهو بهذه المثابة يعتبر إلزاماً نسبياً لا يرقى برأى محكمة النقض إلى القاعدة القانونية الملزمة التى يجب اتباعها فى المنازعات المستقبلة .

ومنها جمهورية مصر العربية بطبيعة الحال ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

ويبين من هذا النص أن التشريع هو الدليل الأول من أدلة القواعد القانونية ، يليه العرف كمصدر عام احتياطى لا يلجأ إليه إلا حيث يوجد فراغ تشريعى ، فإذا تخلف كلا التشريع والعرف ، تعين الالتجاء إلى مبادىء الشريعة الإسلامية ، وعند عدم وجودها يحكم القاضى بمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وهو إذ يرجع إلى تلك القواعد وهذه المبادىء ، يقتصر عمله على سد الفراغ فى الأدلة أو المصادر ، ولا يمتد سلطانه لغير النزاع المعروض عليه ، ذلك أن القضاء ، على ما ذكرنا ، لا يملك فى مصر تقرير القواعد القانونية كما هو الحال فى البلاد التى تأخذ بنظام السوابق القضائية .

١٧٢ — ونشير فى هذا المقام إلى أن القانون المدنى فى مصر ، لظروف تاريخية خاصة سبق أن ألمحنا إليها ، اقتصر على وضع القواعد القانونية التى تخص المعاملات المالية ، بينما ظلت قواعد الأحوال الشخصية بمنأى عن القانون المدنى ، على خلاف السائد فى الدول الأجنبية . وكانت الشريعة الإسلامية الغراء أهم مصادر القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وإذا تجاوزنا عن بعض ما يخص غير المسلمين من هذه القواعد التى كانت تتنوع ، ليس وفق أديان الخصوم فقط ، بل أيضاً حسب الملل التى يعتنقونها . ثم أخذت أهمية الشريعة الإسلامية ، والأديان الأخرى ، فى التضاؤل بعد أن بدأ التشريع يتدخل لوضع قواعد قانونية فى بعض مسائل الأحوال الشخصية ، ومن ثم أصبح نطاق الدين مقصوراً على ما تبقى من مسائل الأحوال الشخصية بلا تنظيم تشريعى ، ففى هذا النطاق الوحيد والمحدود ، لا يزال الدين مصدراً مباشراً أصليا للقاعدة القانونية .

ونتكلم فيما يلى عن الأدلة العامة للقانون المصرى ، وفق تدرج أهميتها ،

وهى التشريع والعرف ومبادىء الشريعة ، ثم الدين فيما بقى له من ولاية ، ثم مبادىء القانون الطبيعى . وقواعد العدالة ونفرد فصلاً أخيراً فى أدلة الأحكام القانونية الدولية لتمايزها عن أدلة القانون عموماً ، ولاختلاف الفقهاء حيالها تبعاً لاختلافهم فى تحديد مصدر القانون الدولى[1]

١ – التشريع La Législation[2]

١٧٣ – التشريع هو المصدر الرسمى فى الدولة الذى يعبّر عن القواعد القانونية

(١) عبد العزيز محمد سرحان ، القانون الدولى العام ١٩٦٩ ، ص ٥٧ – ٦٣ .

(٢) يحتل التشريع مكان الصدارة فى العصر الحديث بين بقية المصادر القانونية الأخرى ، ويرجع ذلك إلى أن التنظيم السياسى للدول ، فى الوقت الحاضر ، وتطور النزعة الإشتراكية ونفاذها إلى نطاق القانون فى المجتمعات الحديثة ، أدى إلى إصدار قوانين متعددة لإقامة العدل الاجتماعى فى مختلف نواحى الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، ومن ثم تعددت القوانين بحيث أصبحت تواجه أوجه النشاط المختلفة فى المجتمعات الحديثة ، وغدت الدولة تتدخل فى حياة الأفراد من لحظة الميلاد حتى الوفاة . فالفرد ، كما قيل بهذا الصدد ، يدخل الحياة بمقتضى شهادة ميلاد من الدولة ، ويغادر الحياة بمقتضى شهادة وفاة منها أيضاً . وقد تقلص ظل المصادر الأخرى ، وعلى رأسها العرف ، إلى درجة أن أصبحت أهميتها العملية ضئيلة ، واقتصر دورها على أن تسد النقص الذى عساه يوجد فى التشريع فى الأحوال القليلة النادرة التى يسكت فيها عن حكم النزاع المعروض على القاضى . وليس هذا هو الحال فى جمهورية مصر وسائر الدول العربية فحسب ، بل أيضاً حال معظم الدول الحديثة ، عدا البلاد الأنجلوسكسونية ، حيث لا يزال العرف والقضاء يسودان فيها – د . عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق .

– والتقنين La Codification هو جمع القواعد القانونية التى تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون فى كتاب واحد يطلق عليه « مجموعة أو مدونة Code » وذلك بعد تنسيق تلك القواعد ورفع ما يكون بينها من تناقض ، ثم إيرادها مرتبة مبوبة بحسب المسائل التى تنظمها ، فى شكل مواد تأتى متسلسلة . وبعبارة أخرى يقصد بالتقنين مجموع النصوص التشريعية التى تصدر بشكل قانون من السلطة التشريعية والتى تحكم النظم القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون . وتأتى أهمية التقنين ملازمة فى الواقع لأهمية التشريع ، ونتيجة تشعب التشريعات المختلفة التى تنظم حياة المجتمع . وازدادت أهمية التقنين بعد انتشار تطبيق المذهب الاشتراكى حيث تدعو الضرورة ، كما ذكرنا ، إلى إصدار تشريعات كثيرة ومختلفة تجعل من الصعب على كلا القاضى والفقيه معرفة القاعدة القانونية التى تنطبق على المنازعات والفروض ، كما يستحيل على الأفراد أن يستبينوا ، على وجه دقيق ، القواعد التى يخضع نشاطهم لأحكامها ، وتنظم ، على وجه الإلزام ، سلوكهم – د . جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٩٤ .

فى صورة مكتوبة[1] . كما يطلق كذلك على القواعد القانونية التى تصدر عن السلطة التشريعية ، مثل تشريع إيجار الأماكن وتشريع الإصلاح الزراعى .

وتأتى القواعد الأساسية أو الدستورية فى مقدمة القواعد التشريعية فى الدولة ، تليها القواعد الرئيسيّة وهى القوانين ، ثم القوانين الفرعية التى يعهد عادة إلى السلطة التنفيذية بإصدارها . ونوجز القول فى هذه القواعد وفق الترتيب المتقدم .

القواعد الأساسية أو الدستورية

١٧٤ – تتولى هذه القواعد التنظيم السياسىّ للدولة ، وذلك ببيان شكل

= – هذا وتعتبر المجموعة المدنية الفرنسية التى سميت بمجموعة نابليون Code Napoleon الحدث الأول من نوعه فى هذا المضمار . ثم صدر التقنين النمساوى عام ١٩١١ والإيطالى عام ١٨٦٥ والألمانى عام ١٩٠٠ ، والسويسرى عام ١٩١٢ .

(١) فى اليابان ، كما فى غيرها من بلاد القانون المدنى ، تتفاوت الأهمية النسبية للتشريعات وقوتها كمصدر من مصادر القانون تفاوتاً كبيراً بين فرع وآخر من فروع القانون ، وفى بعض فروع القانون الخاص مثلا بدأ يصبح للسابقة القضائية وزنها المشابه لوزن التشريعات ، رغم أن الأولى لا تزال تعتبر من وجهة النظر الشكلية المحضة مصدراً ثانوياً وهكذا فقط للثانية . وثمة عوامل مختلفة تفسر الأهمية المتزايدة للسابقة القضائية كمصدر من مصادر القانون يرجع بعضها إلى فترة ما قبل الحرب ، وبعضها الآخر إلى العقدين الأخيرين اللذين أصبح من الملامح المميزة للنظام القانونى اليابانى فيهما ، الدور الكبير نسبياً الذى باتت تؤديه السلطة القضائية فى الحياة القومية ، وقد يفسر ذلك بإدماج نظام أمريكى الأصل ، هو نظام المراجعة ، فى الدستور اليابانى الجديد .

– هذا وقد ثارت فى اليابان مسائل تتصل بدستورية التشريع ، خاصة فيما يتعلق بالمادة التاسعة من دستور اليابان الذى ينص على استمرار نزع السلاح فى اليابان . كما ثار الجدل حول « موضوعية علم القانون » وانقسم المشتركون فى هذا الجدل إلى مدارس عدة هى : الحدسية ، والطبيعية ، والانفعالية ، وهذه الأخيرة تقارب ما يسميه البروفسور أرنولد برعخت « النسبية العلمية القيمة Arnold Brecht, Political Science, 1959.

– وفى الولايات المتحدة الأمريكية ، ليس هناك تمييز تام بين القانون الفيدرالى والقانون المحلى . فلكل من الولايات الخمسين ، قانونها الوضعى الخاص بها ، علاوة على قانون الحكومة الفيدرالية . والطابع الذى يتميز به القانون الأمريكى ، هو طابع « قانون القضايا » ، إذ أن معايير مثل هذا القانون ليست محددة تحديداً دقيقاً . ومتى أخضع تشريع للتفسير القانونى ، فقد يغرق نصه فى بحر من الشروح والتفسيرات القضائية ، الأمر الذى قد يؤدى إلى تناولها تناولا يشبه طريقة تفسير القانون غير المكتوب ، وهكذا يظهر القانون الأمريكى بطابع ديناميكى

الحكم فيها وتوزيع الاختصاص بين السلطات المختلفة ، وكفالة حقوق الأفراد[1] ، وعلاقاتهم بالدولة ، ومن مجموع هذه القواعد يتكون دستور الدولة .

(١) قد يكون من المفيد أن نذكر فى هذا الموضع نصاً يعتبر من المميزات المهمة للدستور الإيطالى ، وهو الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور التى تنص على أنه « من واجب الجمهور التغلب على العقبات الاقتصادية والاجتماعية التى تحد من حرية المواطنين وتحد من المساواة بينهم ، فتعرقل بذلك النمو الكامل للشخصية الإنسانية والمساهمة الفعالة من جانب كافة العاملين فى التنظيم السياسى والاقتصادى والاجتماعى للبلاد » . ويفسر ورود هذا النص الفريد كثرة الدراسات حول موضوع حماية الشخصية الإنسانية وتبنى القواعد الإنسانية للمساواة ، وذلك منذ عام ١٩٤٨ حين صدق على ذلك الدستور . وقد نتج بالفعل عن هذه الدراسات تبنى قوانين جديدة خاصة فيما قد يسمى بالميادين الأكثر تقليدية للرفاهة الاجتماعية والمساعدات الاجتماعية والخدمات الصحية والتعليمية والثقافية . كما نتج عنها تعديل مجموعة أخرى من القوانين تتعلق بالجوانب « الحضارية » المتعلقة بحماية الشخصية . ومن أهم هذه القوانين الإجراءات الخاصة بتخطيط المدن وحماية الريف وتنظيم ما يمارس من أنشطة فى وقت الفراغ . كما أن مشكلات كتلك التى تتعلق بإعادة تنظيم الإذاعة والتليفزيون ، والأنماط والمستويات المختلفة للتعليم ، وحماية الشخصية الإنسانية من الأخطار الناتجة عن التقدم التكنولوجى ، ما زالت تدرس وتجرى مناقشتها على نطاق واسع حتى على مستوى الجمهور العام . ويؤدى رجال القانون دوراً نشيطاً فى كل هذه البحوث باعتبارهم خبراء فى السياسة التشريعية

ويصور الدستور الإيطالى « حقوق الإنسان » باعتبارها حقوقاً شخصية بمعنى الكلمة ، ويعدها الفقهاء فى هذا الموضوع من بين حقوق الفرد . ويضمن الدستور ممارسة هذه الحقوق، وهو لا يميز بين الوطنيين والأجانب فيما يتعلق بممارسة الحقوق المدنية وحمايتها . كذلك يتمتع الأجانب بالعديد من الحقوق العامة عدا حق الاشتراك فى الانتخابات . ويجدر التنبيه إلى أن ما يعتبر طبقاً للدستور الإيطالى من الحقوق الأساسية ، لا يشمل تلك المعترف بها فى التقاليد الليبرالية فحسب (كالحق فى الحرية ، وفى اختيار مكان الإقامة وفى الحماية من أى تدخل فى مراسلات الفرد ، وفى التنقل والاجتماع ، وحرية الدين والعبادة والتعبير) ، وإنما يشمل أيضاً تلك الحقوق التى يطلق عليها الاصطلاح الأحدث عهداً : الحقوق الاجتماعية (كالحق فى الدفاع القانونى ، والمساواة بين الرجل وزوجته ، والمساواة بين الأولاد ، والحق فى مستوى معيشى يكفى للحفاظ على الصحة ، والحق فى التعبير العلمى والأدبى ، وفى التعليم ، وفى العمل ، وفى مكافأة عادلة عن العمل ، وفى المساعدات الاجتماعية ، وفى حرية تكوين نقابات العمل ، والاستفادة من شتى الخدمات) .

— ويعلن الدستور الجديد فى اليابان ضرورة « المساواة بين الجنسين » ، ومن ثم فقد نقح القسمان الرابع والخامس من المجموعة المدنية،والخاصين بالأحوال الشخصية والميراث ، =

ويكون التعبير عنه شعبياً إذا قامت بوضعه جمعية تأسيسية ينتخبها الشعب . وقد يتم إعداده ويعرض على الشعب لإبداء الرأى فيه عن طريق الاستفتاء . وقد يتأكد التعبير الشعبى على أوسع نطاق إذا أعدته جمعية تأسيسية منتخبة وعرضته للاستفتاء بعد ذلك .

وتتنوع الدساتير عادة بين المرونة والجمود . فالدستور المرن يمكن تعديل قواعده بنفس الوسيلة التى يصدر بها أى قانون عادى فى الدولة . والدستور الجامد لا يجوز تعديله إلا باتباع إجراءات خاصة . وغنى عن البيان أن الجمود فى الدستور من هذه الوجهة يوفر الهيبة والثبات لقواعده[1] .

القواعد الرئيسية والعادية

١٧٥ — وهى القواعد التى تصدر عن السلطة التشريعية فى الدولة وفقاً للاختصاص المحدد لها بنص الدستور . وتصدر فى شكل ما يسمى فى الاصطلاح الشائع بالقوانين . فالقانون فى هذا النطاق الضيق يقصد به القواعد التشريعية المكتوبة التى تصدر عن سلطة التشريع فى الدولة[2] .

= تنقيحاً كاملا حتى يتسنى تنفيذ النص الدستورى على المساواة بين النساء والرجال . كما تخلت المجموعة المدنية المعدلة عن نظام حق الولد البكر فى الإرث كله ، وهو النظام التقليدى ، وتبنت نظام المساواة فى الميراث — أنظر مقال « اتجاهات علم القانون فى اليابان بقلم جونيتشى أوى ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، المرجع السابق ص ٦٠ .

— وينص دستور جمهورية مصر على أن المواطنين لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة (م ٤٠) ، وعلى أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس (م ٤١) ، وللحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون (م ٤٥) وتكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية وحرية الرأى والصحافة والبحث العلمى (م ٤١ — ٤٩)، ويحظر الدستور كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة ، ويجعل من هذا الاعتداء جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلا لمن وقع عليه الاعتداء (م ٥٧).

(١) كان دستور مصر الصادر عام ١٩٥٦ من الدساتير الجامدة التى يلزم لتعديلها إجراءات خاصة ، كما أن دستورها الحالى من الدساتير الجامدة كذلك ، وقد بينت المادة (١٨٩) منه طريقة تعديل مادة أو أكثر من مواده .

(٢) إن الفكرة السائدة فى إيطاليا هى أن القانون أداة فى خدمة الإنسان . وترجع هذه الفكرة إلى مفكرى القرن الثامن عشر ، واستمرت قائمة حتى فى أحلك ساعات الفاشية =

القواعد التشريعية الفرعية

١٧٦ – ويقصد بها القواعد التى تصدر عن السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص محدود فى هذا الشأن ، ويتم ذلك بإصدار قرار إدارى يسمى بالقرار التنظيمى(١) .

ويطلق اسم اللائحة على مجموع القواعد التشريعية الفرعية الواردة بشأن موضوع معيّن . وتتفرع اللوائح إلى أنواع ثلاثة : تنفيذية وتنظيمية ولوائح الضبط والأمن . وتتضمن اللوائحُ التنفيذيةُ القواعدَ التفصيلية والجزئية اللازمة لتنفيذ القواعد التشريعية الرئيسية . فالقانون يغفل عادة التفاصيل والجزئيات ، ويقتصر على وضع القواعد الكلية تاركاً القواعد الجزئية الضرورية عند التنفيذ للسلطة التنفيذية(٢) .

وغنى عن البيان أن اللائحة التنفيذية لا ينبغى أن تجاوز حدود القواعد الرئيسية الواردة فى القانون . فهى لا تملك تقرير قاعدة تؤدى إلى تعديل

= التى كان أساس نظريتها السياسية فكرة خضوع الفرد للدولة ، غير أن القانونيين أدخلوا ظلالا من التفسير لهذا المفهوم السياسى ، حتى فقد الكثير من أهميته العملية . وتجدر الإشارة إلى أن أحكام المحاكم فى هذا الصدد أظهرت بعض الشجاعة ، كما هو الحال حين رفضت تطبيق القواعد التى تقضى بالحرمان من حق الضمان الاجتماعى والمعاشات فى مواجهة الأفراد المحكوم عليهم لأسباب سياسية أو عنصرية .

– ويجد الاتجاه الإنسانى فى علم القانون الإيطالى تميزاً عنه ، خاصة فى الوقت الحاضر ، فى بحوث كثيرة حول موضوع « القانون الخارج من الدولة » ، أى تلك النظم والقواعد القانونية التى يرجع مصدرها إلى هيئات جماعية ، سواء كانت موضع اعتراف قانونى بها أولا ، أعطت لنفسها حق سن القوانين ، مثل : الهيئات المحلية ، ونقابات العمال ، واتحادات المستخدمين الوطنية والدولية ، والاتحادات الرياضية ، والهيئات الدينية فوق مستوى الأمة . وقد نهضت بعض الجماعات المشتغلة فى هذا الميدان بإجرا بحوث مشتركة على نطاق واسع ، فنذكر مثلا بحوثها عن تطور قانون العمل خارج السلطة التشريعية ، أى التطور الذى يطرأ على نقابات العمال ، وبحوثها فى شأن ما تصدره المشروعات العامة من « قوانين » وهكذا .

(١) وهو يتميز عن القرار الفردى الذى لا يضع قاعدة قانونية .

(٢) كانت المادة (١٣٨) من دستور مصر سنة ١٩٥٦ تنص على حق رئيس الجمهورية فى إصدار هذه اللوائح ، كما أن له أن يفوض غيره فى ذلك ، وعلى هذا أيضاً تنص المادة (١٤٤) من الدستور الحالى ، وكثيراً ما تتضمن نصوص القانون تفويض الوزير المختص بإصدار اللوائح التنفيذية اللازمة لتطبيقه .

القاعدة الرئيسية أو إلغائها . كما يلاحظ أن تنفيذ القانون لا يتوقف على إصدار اللائحة التنفيذية إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك أو كان تنفيذه متعذراً بدونها(١) .

أما اللوائح التنظيمية فهى التى تتكفّل بتنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل فى المصالح والإدارات الحكومية ، مثل اللائحة التى تحدد اختصاص وزارة جديدة ، أو توزع الاختصاصات بين الوزارات المختلفة منعاً لتداخلها(٢) .

أما لوائح الضبط أو الأمن ، وتسمى أيضاً لوائح البوليس ، فهى تضع القواعد اللازمة لحفظ الأمن وضمان السكينة العامة وحماية الصحة العامة ، مثل لوائح المرور واللوائح الخاصّة بمراقبة الأغـذية والباعة المتجولين ، ولوائح المحال المقلقة للراحة . وهى قد تصدر استقلالاً عن أى قانون ، فهى لا تصدر تنفيـذاً لقانون معين ولا بمقتضى نصٍّ فى قانون يجيز إصدارها(٣) .

هذا ويجدر التنويه فى هذا المقام بأن تدرج القواعد التشريعية على النحو سالف البيان ، يقتضى تقرير مبدأ أساسيٍّ وهو عدم جواز مخالفة القاعدة التشريعية الأدنى فى المرتبة للقاعدة التى تعلوها . وإذا وقع التعارض وجب تغليب القاعدة الأعلى فى المرتبة(٤) .

نشر القواعد التشريعية La publication :

١٧٧ – تكتسب القواعد التشريعية صفة الإلزام بإتمام عملية الإصدار La Promulgation . لكن هذه القواعد لا تصير واجبة التطبيق فى حق

---

(١) راجع الدكتور محمد فؤاد مهنا « القانون الإدارى العربى » المجلد الثانى ١٩٦٧ ص ١١١١ والمراجع التى يشير إليها فى هامش (١) وأحكام القضاء المصرى التى يشير إليها فى هامش (٢) .

(٢) نص الدستور الحالى فى المادة (١٤٦) على حق رئيس الجمهورية فى إصدار القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة ، كما نص فى المادة (١٤٥) على حقه فى إصدار لوائح الضبط .

(٣) الدكتور فؤاد مهنا ، المرجع السابق ص ١١١٢ .

(٤) تتناول هذه المبادىء بالبحث مؤلفات القانون الدستورى والإدارى عند بحث رقابة القضاء على شرعية اللوائح ودستورية القوانين .

المخاطبين بها إلا بنشرها وحلول التاريخ المحدد لنفاذها . فالنشر هو الإجراء الرسمي الذي يفترض به علم الأفراد بالقانون الذي تم إصداره . ويتحقق ذلك في بلدنا بنشر نصوص القانون في الجريدة الرسمية للدولة ، وهي جريدة يومية تنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه ، وكذلك الاتفاقات الدولية التي تكون الجمهورية طرفاً فيها . أما القرارات الوزارية فتنشر في ملحق خاص يحمل اسم الوقائع المصرية .

نفاذ القواعد التشريعية :

١٧٨ — حدد الدستور مهلة للسلطة التنفيذية يجب أن تنشر القوانين خلالها . فقضى بأن القوانين تنشر في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها من رئيس الجمهورية . بيد أن نشر القانون لا يقتضي العمل به فوراً . فقد قضى دستور جمهورية مصر[1] بأن القوانين يعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر .

ومؤدى ذلك أن مدة الشهر ليست واجبة الاتباع على سبيل الإلزام ، بل يصح إطالة هذه المدة أو تقصيرها بنص خاص في القانون . فيجوز أن ينص القانون على نفاذه فور نشره ، أو بعد مدة تزيد على شهر . ويختلف الأمر تبعاً لحرص المشرع على المبادرة بالعمل بقانون معين أو رغبته في إرجاء نفاذه .

أهمية النشر وأثره :

١٧٩ — يترتب على نشر القانون في الجريدة قيام افتراض قاطع على العلم به ، بل ويعتبر النشر وسيلة العلم الوحيدة التي يعتد بها دون غيرها كما سيجيء ، فلا يصح التذرع بالعلم الفعلي بصدور القانون ما دام لم يتم نشره . وبعبارة أخرى فإن عدم نشر القانون في الجريدة الرسمية يعفي الفرد من الالتزام بقواعده ، ولا يصح إثبات أنه علم به فعلا بأية وسيلة أخرى من وسائل الإعلام العادية كالصحافة أو الإذاعة . فإذا تم النشر في الجريدة الرسمية ، قام افتراض قاطع على علم الأفراد به ، ولا يقبل من شخص

(١) وتنص المادة ٩١ من الدستور المؤقت العراقي الصادر في عام ١٩٦٨ على العمل بالقوانين من تاريخ نشرها إلا إذا نص على خلاف ذلك . وتسمى الجريدة الرسمية في العراق « الوقائع العراقية » .

الاحتجاج بأنه لم يعلم شخصياً ، إذ لا يجوز الاعتذار بجهل القانون ، أو بعبارة أخرى لا يفترض في أحد الجهل بالقانون Nul n'est censé ignorer la loi وهو المبدأ الذي ستتاح لنا دراسته تفصيلاً في فروع القانون المختلفة في هذا الكتاب .

٢ — العرف La Coutume[1]

١٨٠ — العرف مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على اتباع سلوك معين[2] ، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك

(١) يمكن القول بأن العلاقة بين العرف والقانون ، هي كالعلاقة بين التقاليد والعقل . فالعرف يستمد أساساً من التقاليد ، في حين يستمد القانون أساساً من العقل . ويمكننا أن نقول إن العرف هو القانون « التلقائي » والقانون المكتوب هو نتيجة التفكير والتأمل .

ويمثل العرف جزءاً لا يتجزأ من المضمون الثقافي ، فهو ليس أمراً غير محسوس ، كما أنه ليس بالضرورة شفوياً وليس موحداً . وعلى الرغم من أن العرف يمثل جزءاً من النموذج الثقافي المستمر الذي تمتثل له الجماعة فإنه من الممكن أيضاً أن يكون ابتكاراً مستمراً للجماعة .

ويلاحظ أن طبيعة السلطة التي يؤسس عليها كل من القانون والعرف ليست واحدة . فالعرف يمثل سلوكاً تلقائياً الناس قد يمتثلون باقتناع له أكثر مما يمتثلون القانون الذي يمثل سلوكاً مفروضاً . ويتحقق الضبط الاجتماعي بصورة أفضل إذا بني على النظام أكثر مما لو بني على السلطة . ولكن ذلك لا يغني عن أهمية السلطة الحاكمة ، لأن الجزاءات المترتبة على مخالفة قواعد القانون هي من صنع هذه السلطة .

ولو تصورنا أنه في أحد المجتمعات لم ينشأ عرف مستمر ، ولم يتوافر أي عمل للسلطة العامة لتنفيذ قواعد العرف ، فإنه يمكن القول بأن هذا المجتمع لا يتوافر فيه أي نظام قانوني .

والعرف في ذاته يشق الطريق تدريجاً نحو القوانين المكتوبة . وإذا لاحظنا أن القوانين المكتوبة في الأمم التي أنشأت لنفسها نظما قانونية جديدة أو أعادت وضع نظمها القانونية (مثل جمهورية الصين الشعبية ، وأثيوبيا ، والدول الإفريقية المستقلة حديثاً) لا تحكم من الناحية العملية غير جزء صغير من مجموع السكان ، وأن جماهير سكان الريف ما زالت تخضع لأعرافها الخاصة ، إذا لاحظنا ذلك وجب أن نسلم بأن العرف مازال يحكم البشرية . وأكثر من هذا فإن العرف ما زال يحتفظ بأهميته الكاملة في القانون الدبلوماسي ، والقانون الدولي العام ، والقانون الزراعي ، والقانون التجاري .

(٢) قد تنشأ القاعدة العرفية من اعتياد شخص واحد غير معين بذاته على مسلك معين ، كما لو اعتاد رئيس الدولة أو أي شخص يشغل منصباً رئيسياً على إصدار قرارات من نوع خاص وتكرر الاعتياد على إصدار هذه القرارات .

قد صار ملزماً(١) . عندئذ تنشأ القاعدة القانونية العرفيـة ، ويقال إنّ مصدرها العرف .

والعرف مصدر بطىء التكوين ، وبالتالى بطىء التعبير . فالقاعدة العرفية لا تنشأ عادة فى فترة وجيزة ، وإنما يجب أن يتكاثر الاعتياد على متابعة سلوك معين . وهى لا يتم التعبير عنها فجأة ، وإنما يجب أن يستقر الإيمان فى نفوس الناس بأن هذا السلوك قد اكتسب صفة الإلزام فى الجماعة من حيث إنّه يُمثّل ضرورة قانونية . والعرف لا يستطيع أن يحتل مكان الصّدارة فى جماعة تؤمن بالفكر الاشتراكى أو الاجتماعى ، ذلك أن تطبيق هذا الفكر يتطلّب مزيداً من النشاط والسرعة فى إنتاج القواعد القانونية التى يكون التشريع أكثر طواعية فى تلبيتها(٢) .

---

(١) يرى كوادرى Quadri أن اشتراط هذا الركن المعنوى فى القاعدة العرفية ينطوى على أحد أمرين كلاهما سوء . فاشتراط الاعتقاد بإلزامية القاعدة العرفية إما أن يوحى أنه فى أصل تطبيقه قام على غلط erreur حيث طبق أول مرة على أنه ملزم ، رغم أنه لم يكن كذلك فى البداية ، فالناس ألزموا أنفسهم على جهل منهم بقيمتها الحقيقية ، وإما أن تكون بصدد قاعدة ملزمة منذ البداية وبالتالى يكون اشتراط الاعتقاد فى إلزاميتها نوعاً من العبث . أنظر محاضراته فى أكاديمية لاهاى سنة ١٩٦٤ تحت عنوان Droit International public منشـورة فى Receuil des Cours, 1964 vol III, tome 113 de la Collection, p. 324.

(٢) ويجب أن نسلم بأنه من طريق الأخذ بالتقاليد الأوربية فإن الأمم ذات الثقافات والأجناس المتباينة استطاعت أن تتجنب الاختيار الصعب بين النظم المختلفة للعرف . ومن أهم أمثلة ذلك دولة ساحل العاج ، فهى تضم مجموعات من الناس كل منها لها تقاليد معينة ونظام قانونى يختلف جذرياً من المجموعات الأخرى ، حتى فى الأمور الجوهرية التى تتعلق بالأنساب وبالوراثة .

وقد بذل مجهود ضخم فى جمهورية داهومى فى عملية التجميع المنظم للقوانين العرفية تحت إشراف وزير العدل ، فجمعت وثائق عديدة تغطى هذا المجال قامت بجمعها لجان شكلت من السكان المحليين . ولكن لم تكن المادة المتضمنة القواعد العرفية ذات قيمة فعالة . فعلى الرغم من أنه قد أمكن فى هذا المجال الاحتفاظ بالأصول القانونية التقليدية الموروثة ، وهو ما يعتبر المحاولة الوحيدة لعمل مثل هذا التجميع المنظم على النطاق القومى، فإن حكومة داهومى والمسئولين عن وضع مشروع القانون المدنى قد اضطروا إلى التحول عن قواعد القانون العرفى .

والواقع أنه من الصعوبة بمكان التغلب على التأثيرات المترابطة الناجمة عن التعارض الداخلى بين القوانين العرفية وعدم كفايتها لمواجهة احتياجات التطور . وتحاول الحكومات غالباً أن تتخذ مجموعة قوانين حديثة مبنية على خطوط جديدة من أساسها ، ولكن فى هذه =

وصفة العموم التى ينبغى توافرها فى الاعتياد لا ينبغى فهمها على أنها تشمل اعتياد جميع الناس على متابعة السلوك . فالقاعدة العرفية قد تتخصّص فى مهنة أو طائفة معينة Professionnels كما أنها قد تتركز فى منطقة محددة من الدولة usages locaux .

وبيان ذلك أن القاعدة العرفية قد تنشأ عما يسمى بالعرف المهنى ، ومثل ذلك اعتياد التجار أو الصناع أو الزراع على سلوك معين غير مألوف فى المدن الأخرى .

ويشترط فى الاعتياد أيضا أن يكون قديما ، ويستفاد القدم من متابعة السلوك خلال فترة زمنية ، ممتدة فى الماضى . والحكمة من هذا الشرط هى الرغبة فى الاطمئنان إلى أن هذا السلوك قد صار مستقرا ، وعلى ضوء هذه الحكمة يترك تقرير الأمر للقاضى . فهو الذى يستطيع أن يقدر ، إذا كانت الفترة الماضية من الزمن كانت كافية لاستقرار القاعدة العرفية .

كما يشترط أن يكون الاعتياد مطّردا ، والاطراد معناه متابعة السلوك بصفة متكررة ومنتظمة . ومعنى ذلك أنه يجب أن يتأكد القدم بالاطّراد . فالاطّراد هو الذى يفيد المتابعة ، وبالتالى يُستخلص منه الاعتياد والاستقرار .

التمييز بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية Usage conventionnel

---

= الحالة تنشأ صعوبات من نوع آخر . وخير مثال لذلك مجموعة القانون المدنى لإمبراطورية أثيوبيا ، فقد أعد ثلاثة من أساتذة القانون الذين تلقوا تعليمهم فى جامعات باريس مشروعاً ممتازاً يساير القوانين الأوربية المستمد منها ، وبعد إدخال مجموعة من التعديلات الطفيفة تمت الموافقة عليه . وهذا المشروع على الرغم من تقدمه من الناحية الفنية لا يصلح للتطبيق إلا بالنسبة لقطاع الفئة المتعلمة فقط ، أما باقى القطاعات فهو يعلو عليها وعلى احتياجاتها ومقدرتها . ولذلك فإنه يعتبر موجهاً إلى الأجيال المقبلة أكثر من كونه موجها للجيل الحالى . وقد ثار الجدل أيعد هذا القانون عاملا من عوامل تقدم الدولة أم لا ؟ ويلاحظ أن أثيوبيا لديها فى الوقت الحالى قانون من أحسن مجموعات القانون المدنى وأكثرها تقدماً وأكثرها كمالا من الناحية الفنية . ولكن هذا القانون لم يأخذ شيئاً من القانون العرفى ، بل إنه لم يتضمن شيئاً من التقاليد القانونية الأثيوبية ، ولذلك فهو يطبق بصورة غير متكاملة وبحذر شديد . وفى الوقت الحالى تتم معظم إجراءات القانون المدنى بعيداً عنه ، وهذا ما يبدو أنه سوف يستمر لمدة طويلة — أنظر مقال « علم الأجناس القانونى » بقلم جان بوارييه ترجمة الدكتور فتحى سرور ، المجلة الدولية ، المرجع السابق ص ٢٢ .

١٨١ – القاعدة الاتفاقية هي قاعدة عرفية ناقصة النمو ، إذ يكتمل فيها العنصر المادي ويتخلف العنصر النفساني . وهي تنشأ في الروابط القانونية عند ما يعتاد الناس على متابعة سلوك معين دون أن يرقى هذا الاعتياد إلى مرتبة الإيمان بأنه صار سلوكاً ملزماً .

وتظهر أهمية العادة الاتفاقية في نطاق الروابط العقدية[1] . ويلتزم المتعاقدان بها في حالتين : الحالة الأولى هي تأكيد العمل بها صراحة فيما بينهما . والثانية هي علم المتعاقدين بوجودها وعدم الاتفاق على استبعادها ، فعندئذ يمكن القول بأن إرادتهما الضمنية انصرفت إلى الخضوع لها .

الفرق بين القاعدة القانونية المكملة والعادة الاتفاقية

١٨٢ – القاعدة القانونية المكملة واجبة الاتباع ما دام المتعاقدان لم يتفقا صراحة على استبعاد تطبيقها ، حتى ولو لم يكن لهما علم بوجودها ، إذ لا يجوز التحدي بجهل القاعدة القانونية المكملة تهرباً من إعمال حكمها .

أما العادة الاتفاقية ، وهي ليست من قواعد القانون ، فإنها لا تكون ملزمة للمتعاقدين إلا باتفاق صريح على العمل بها ، أو باتفاق ضمني يستخلص من العلم بوجودها والقعود عن إبداء الرغبة في استبعاد حكمها[2] .

نتائج الاختلاف بين القاعدة العرفية والعادة الاتفاقية[3]

(١) من ذلك ما جرت عليه العادة في بعض مناطق الريف المصري من تقدير مساحة الفدان عند الإيجار بعشرين قيراطاً بدلا من أربعة وعشرين .

(٢) يحدث أحياناً أن يضع المشرع العادة الاتفاقية في منزلة تعلو على منزلتها العادية . ويتحقق ذلك عندما يحيل النص التشريعي إلى العادة الاتفاقية ، ويقضي باستبعاد القاعدة القانونية التشريعية إذا ما وجدت عادة اتفاقية مخالفة .

– ويرى البعض أن العرف التجاري قد يلغي حكم القانون أحياناً ، أما العادة ، ولو تجارية ، فلا يترتب عليها هذا الأثر – الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣٠٠ .

(٣) يرى الدكتور برهام عطا الله أن الأساس الحقيقي للقواعد العرفية هو القضاء . فالقواعد العرفية ليست سوى مادة أولية يستمد منها القضاء أحكامه . وهو ينفي وجود قواعد عرفية تكون ملزمة بذاتها للمواطنين وقبل أي تدخل من السلطات ، ويؤسس على ذلك عدم وجود أي فارق بين العادات الاتفاقية والعرف وذلك على خلاف الرأي الغالب في الفقه – أنظر مؤلفه في « أساسيات القانون الوضعي » ١٩٦٨ ص ٧٣ .

١٨٣ – تترتب على التفرقة المتقدمة آنفا بين القاعدة العرفية والعادة الاتفاقية[1] ، نتائج هامة تجمل فيما يأتي :

أولا – يطبق القاضي القاعدة العرفية من تلقاء نفسه ودون أن يطلب منه ذلك ، حالة أن العادة الاتفاقية لا يلتزم القاضي بتطبيقها إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة من المتعاقدين .

ثانيا – لما كان المفروض في القاضي أنه يعلم بقواعد القانون ، ويقوم بتطبيقها تلقائيا دون طلب ، فإن الأفراد لا يطالبون بإثبات وجود القاعدة القانونية العرفية أمام المحكمة .

أما العادة الاتفاقية ، وهي ليست من القواعد القانونية ، وإنما هي مجرد شرط من شروط العقد التي لا يفترض علم القاضي بها ، فإنه يجب على صاحب المصلحة أن يثبت وجودها ، وأن يكشف عن الظروف التي يستخلص منها انصراف نية المتعاقدين إلى الخضوع لها .

ثالثا – من المقرر أن القاعدة القانونية بصفة عامة واجبة التطبيق على الناس سواء كانوا يعلمونها أو يجهلون وجودها ، إذ لا يجوز للشخص ، كما سيأتي ، أن يتذرع بجهل القانون بقصد استبعاد تطبيق قاعدة معينة .

(١) ذكرنا عند الكلام عن العرف في الكتاب الأول أن الفقه الإسلامي جرى على عدم التفرقة بين العرف والعادة . والواقع أن فريقاً قليلا من الفقه ميز بينهما فقال إن العادة هي التكرار . وواضح أن من يميز بين العرف والعادة إنما يأخذ بالنظرية الثنائية في تعريف العرف ، فيجعل الركن المادي هو العادة . وقد جاء في المجموعة الإسلامية الموجزة أن العادة هي الحق الذي يكتسب عن طريق التكرار . وقد دعت القيمة العملية لهذا الحق من حيث إنه كثيراً ما يكون غير متفق مع التفسير اللاهوتي ، إلى تقسمة القضاء في كثير من البلاد الإسلامية إلى قضاء ديني وقضاء زمني .

Shorter Encyclopaedia of Islam, Leyden 1953, p. 13.

– وقد قصر الكمال بن الهمام العادة على نوع من العرف وهو العرف العملي فقط – محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الإسلامي ١٩٦٦ ، ص ٢٢٨ .

والعرف ، كما قدمنا ، ليس دليلا من الأدلة الشرعية المستقلة ، وإنما يرجع عند الحنفية إلى العمل بالقاعدة العامة « المشقة تجلب التيسير » – عباس متولي حمادة ، أصول الفقه ١٩٦٨ ، ص ٢٣٩ .

– كما ذكرنا أنه إذا كان الشيء المتعارف عليه ورد النص بمنعه ، لا يعتبر ، وقريب من هذا قول الفقهاء السوفييت إن العرف لا يعتبر إذا خالف الضمير القانوني الاشتراكي .

– والعرف العام في الشريعة ، يقابله العرف العالمي في الفكر الغربي .

وينطبق مبدأ امتناع العذر بجهل القانون على القواعد القانونية كافة أياً كان مصدرها ، ومن ثم فلا يقبل من شخص أن يحتج أمام القضاء بجهل قاعدة قانونية عرفية .

أما العادة الاتفاقية ، فهى مجرد شرط فى التعاقد يفترض انصراف إرادة المتعاقدين إلى الخضوع له ، وتبعاً لذلك يجوز للشخص أن يتمسك أمام القضاء بجهله بها . وإذا توصل إلى إثبات جهله بالقاعدة الاتفاقية ، امتنع تطبيقها عليه . وقد تقدم القول بأن الجهل بالعادة الاتفاقية يقتضى استبعاد تطبيقها ، فهى تستمد قوتها الملزمة من الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين ، ولا يتصور أن تنصرف إرادة أيهما إلى الالتزام بعادة كان يجهل وجودها .

رابعا — يعتبر خطأ القاضى فى تطبيق القاعدة العرفية من قبيل الخطأ فى تطبيق القانون الذى يخضع لرقابة محكمة النقض . أما تقدير وجود العـادة الاتفاقية فهو من قبيل الوقائع التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع دون معقب .

تحول العادة الاتفاقية إلى قاعدة عرفية

١٨٤ — على أن التفرقة المتقدمة الذكر لا تمنع من تطور العادة الاتفاقية وتحولها إلى قاعدة عرفية . ويتحقق ذلك إذا توافر لها العنصر النفسانى ، وهو استقرار الإيمان فى الجماعة بأن الاعتياد على سلوك معين ، وهو العنصر المادى ، قد صار ملزماً دون حاجة إلى الاتفاق على هذا السلوك صراحة أو ضمناً .

دور العرف فى القانون العام

١٨٥ — يعتبر العرف مصدراً هاما من مصادر القانون الدولى العام حيث تتضاءل القواعد المكتوبة التى تحكم العلاقات بين الدول ، فيما عدا المعاهدات والاتفاقات الدولية التى ترتبط بها الدول بمحض إرادتها . وسيظل للعرف مكان الصدارة فى القانون الدولى العام ، ما دامت المجموعة الدولية غير خاضعة لقواعد تشريعية مكتوبة تفرضها سلطة تسمو على الدول وتملك فرض كلمتها . وسنتكلم تفصيلاً عن دور العرف فى هذا المجال عند بحث أدلة الأحكام القانونية الدولية .

فى القانون الدستورى

١٨٦ — تتفاوت أهمية العرف فى القانون الدستورى باختلاف الدول ،

ففى انجلترا مثلا يعتبر العرف مصدراً أساسيا للقواعد الدستورية ، بينما تكون الدساتير فى غالبية الدول مكتوبة ، وعندئذ يتضاءل دور العرف دون أن ينعدم ، فهو يبقى بين المصادر الرسمية ولكن فى حدود ضيقة[1] . ومن أمثلة

---

(١) نصت المادة (١٧٠) من دستور جمهورية مصر العربية القائم على أن « يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون » . وقد سبق أن عرف القضاء فى بلادنا نظام المحلفين فى المحاكم المختلطة عند إنشائها عام ١٨٧٥ ، وكان مقصوراً على القضايا التجارية ، وما هو معروف من أمر أهمية دور العرف والعادات فى تلك المعاملات ، مما قد يخفى أمرها على رجال القضاء . وقد ظل الحال كذلك حتى ألغيت المحاكم المختلطة عام ١٩٤٩ بمقتضى معاهدة مونترو التى نصت مادتها الخامسة على أنه « فى المواد التجارية يجوز أن ينضم القضاة الثلاثة بمقتضى قانون ، اثنان من المحلفين يكون رأيهم استشارياً » . بيد أن الحكومة المصرية لم تصدر القانون المشار إليه فى ذلك النص ، وبذلك أصبح المحلفون لا يدخلون فى تشكيل المحاكم التجارية منذ معاهدة مونترو — الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجارى جـ ١ ط ١٩٥٦ ص ٤٣ .

— والواقع أن نظام المحلفين فى القضاء التجارى مثار نقد شديد فى البلاد التى طبقته كفرنسا . فالحجة التى تذكر تبريراً لهذا النظام ، وهى الرغبة فى إرشاد القضاة إلى العرف التجارى ، يمكن الرد عليها بأن التاجر من المحلفين « تقتصر معرفته على مهنته دون سائر المهن التجارية ، وقد يكون بعضهم من منافسيه فى التجارة ، وفى مقدور المحكمة الوقوف على العرف بالرجوع إلى الغرف التجارية وأهل الخبرة دون الحاجة إلى محلفين » — المرجع السابق ، ص ٤٣ .

— وقد عرفت مصر القضاء الشعبى فى بعض صوره كانت سيرته فيها أسوأ السير . فمحاكم الأخطاط ، التى أريد بها ، كما يقول الدكتور عبد الحميد أبو هيف فى كتابه « المرافعات المدنية والتجارية ط ١٩٢١ ص ١٨٠ و١٨١ » زيادة تقريب القضاء من الفلاح ، كما أريد بها جعل التقاضى سهلا عليه قليل المصاريف ، أسفرت تجربتها ، وكانت تؤلف من خمسة من الأعيان يرأسها أحدهم ، إلى إلغاء هذا النظام ، وكانت الحكومة تصادف صعوبات فى انتخاب الأعضاء اللازمين حتى إذا ما تيسر لها ذلك بعد عناء ، نشأت أمامها صعوبات أخرى عملية أساسها فقدان الوسائل الفعالة التى تستطيع بها إرغامهم على المثابرة فى أعمالهم وتنفيذ القانون تنفيذاً مرضياً — الدكتور عبد الفتاح السيد ، الوجيز فى المرافعات المصرية ١٩٢٤ ص ٦٢ . ويزيد الأستاذ محمد العشماوى فى مؤلفه « قواعد المرافعات فى القانون الأهلى والمختلط ١٩٢٨ جـ ١ ص ١٥٥ » أنه لا معنى لأن يعهد بوظيفة القضاء لأشخاص ليس لهم علم بأصوله وتنقصهم الدربة القضائية والعلم بالقانون ، كما أن يقوم بهذه الوظيفة أشخاص يبعدون عن الاختلاط بالأهالى والاشتراك بمصالحهم ليأمن المتقاضون نتائج التحيز وشهوات الانتقام ، ويكون القضاء موضع الثقة والاحترام . والعجيب فى أمر هذه المساوئ والانتقادات أننا نجدها فى مقدمة ما يوجه إلى نظام المحلفين فى الدول الغربية من الانتقادات . —

– ولا عبرة بما قد يعترض به البعض من أن جهل المحلفين بالقانون لا يصح أن يعد في عداد الانتقادات التي توجه إلى هذا النظام ، لأنه من الأمور المقررة أن الاحتكام إلى المحلفين إنما يكون في المسائل المتعلقة بالوقائع والمسائل المادية لا القانونية ، ولكنه تبين من الناحية العملية ، كما يقول الدكتور بهنام في بحثه عن « نظام المحلفين في مجال القضاء الجنائي » صعوبة التفرقة بين ما هو من مشاكل الواقع ، وما هو من مشاكل القانون ، وصار من المتعذر الفصل بين الواقع والقانون في صياغة ما يوجه إلى المحلفين من أسئلة .

هذا ولجان الفصل في المنازعات الزراعية التي ينظمها القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ ، وتتكون من المشرف الزراعي رئيساً ، وأحد أعضاء لجنة الاتحاد الاشتراكي في القرية ، وأحد أعضاء مجلس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية ، وصراف القرية أعضاء ، شأنها شأن محاكم الأخطاط ، تخلو من أي عنصر قضائي . والشكوى من سير أعمال هذه اللجان شكوى عامة ، والمساوئ التي تنسب إليها معروفة وقد أشار إلى بعضها الدكتور أحمد سلامة في كتابه « القانون الزراعي ١٩٧٠ » ص ٣٤٥ و٣٤٦ .

وحسبنا أن نشير إلى المؤتمر العلمي الذي عقد في جامعة لوفان Louvain البلجيكية عام ١٩٦٧ وانعقدت آراء كافة المشتركين فيه من أساتذة القانون ومستشاري محاكم الجنايات في دول أوربا الغربية ، على ضرورة نبذ ذلك النظام لمنافاته لروح العصر والتطور العلمي المستمر في مجال القانون الجنائي ولأن ضمير العدالة لا يطيقه .

– ويقول الدكتور عبد الحميد متولي في إحدى مذكراته المقدمة لجنة الدستور : « إن اتفاق دول الكتلة الشرقية مع بلادنا في سياستها الخارجية لا يصح بداهة أن يعد مسوغاً لأن نقتبس منها هذا النظام لا سيما أنها ذات صبغة دكتاتورية وهي تدين بمذهب كارل ماركس ، وتمر الآن بالمرحلة التي يصفها ماركس « بدكتاتورية البروليتاريا » ، وأنه ليس للقضاء في تلك الدول ذلك المكان اللائق به من الإجلال والتوقير ، ويكفي أن دساتير تلك الدول لا تتحدث عن « السلطة القضائية » وإنما عن « إدارة العدالة » أو تثيرها تحت عنوان « المحاكم والنيابة العامة » . فهي تعد القضاء مجرد إدارة لا سلطة من سلطات الدولة العليا كما هو شأن دساتير البلاد الأخرى ومنها بلادنا .

– هذا ولم ينظم دستور الصين الشعبية نظام المحلفين ، بل ترك ذلك إلى القانون حيث نص في المادة (٧٥) على أن « يطبق نظام محلفي الشعب وفقاً للقانون » .

هذا ونحن نرى عدم التسرع في إصدار القانون المنظم لإسهام الشعب في العدالة وفق نص المادة (١٧٠) من دستورنا القائم قبل الدراسة الجادة والمتأنية ، فإن أخطر ما تبتلى به الأمم أن يختل ميزان العدل فيها . ولعل من المفيد أن نذكر أن مجالس الصلح المشار إليها في المادة ١٤ من قانون المرافعات ، والتي يرأسها أحد وكلاء النائب العام ، لما يصدر بتنظيمها وبيان الإجراءات التي تتبع أمامها ، قرار رئيس الجمهورية ، كما لم يحدد وزير العدل حتى الآن ، بطبيعة الحال ، المحاكم الجزئية التي تشكل مجالس الصلح بدائرتها وفق ما نصت عليه المادة سالفة الذكر ، على الرغم من العمل بقانون المرافعات الحالي الذي استحدث نظام تلك المجالس ، اعتباراً من ١٠ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ، أي رغم مرور ما يزيد على ثلاث سنوات منذ بدء العمل به .

ذلك أن دستور سنة ١٩٢٣ لم يكن يرخص للسلطة التنفيذية إصدار ما يسمى بلوائح الضبط والأمن ، ولكنها جرت على إصدار مثل هذه اللوائح على نحو ما كان سائداً قبل الدستور . وقد ذهب فقه القانون العام إلى أن هناك قاعدة عرفية تجيز للسلطة التنفيذية الاستمرار في إصدار هذه اللوائح . أما دستور جمهورية مصر العربية فقد ناط رئيس الجمهورية إصدارها (م ١٤٥).

في القانون الاداري

١٨٧ – يعتبر العرف مصدرا هاما في هذا القانون نظراً لأن قواعده لم تكتمل عن طريق التشريع . وسيأتي بيان ذلك عند بحث حكم جهل القاعدة العرفية في تقنين الإثبات .

في قانون العقوبات

من المبادىء المسلّمة في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون . وهو مبدأ يقرره الدستور صراحة حرصاً على حماية الفرد (م ٦٦ من الدستور المصري) فإذا لم يجد القاضي قاعدة تشريعية تعاقب على الفعل المنسوب إلى المتهم تعين عليه أن يقضي بالبراءة .

وعلى هذا النحو لا يكون العرف مصدراً منشئاً للقواعد القانونية في القانون الجنائي[1] . ولكن ليس ثم ما يمنع من الالتجاء إلى العرف لتحديد مضمون

---

(١) كانت المادة (٤١) من قانون العقوبات البغدادي ، الملغاة بالمادة الأولى من القانون ٩ لسنة ١٩٦١ ، تنص على أنه « إذا اقتنعت المحكمة أو الحاكم الذي ينظر في الدعوى أن المتهم هو أحد أفراد قبيلة اعتادت أن تفصل في خصوماتها طبقاً لعرف القبائل ، وكان من المصلحة العامة ، وما يتفق مع العدالة ، أن يفصل في الدعوى طبقاً لعرف القبائل ، واقتنعت المحكمة أو الحاكم بثبوت الجريمة على المتهم ، فللمحكمة أو الحاكم الحكم عليه طبقاً للعقوبات المنصوص عليها في هذا القانون أو في أي قانون آخر ، إذا رأت أو رأى ضرورة لذلك . كما يجوز لها أو له إذا وجد ذلك مناسباً – التحري عن عرف القبيلة – إحالة القضية على خبير أو خبراء بعرف القبائل » . فالعرف القبلي كان بمقتضى هذه المادة ، مصدراً من مصادر القانون العقابي ، بمعنى أنه يجوز فرض العقوبة التي يقررها العرف القبلي بدلا من العقوبة التي ينص عليها قانون العقوبات . وكذلك كان نظام دعاوى العشائر المدنية والجزائية الملغي ينص في المادة السابعة منه على أنه « . . . إذا ظهر للحاكم . . أن أحد الخصمين في إحدى الدعاوى فرد من العشائر ، وتراءى له أن حسم الدعوى وفق العادات العشائرية أقرب إلى رضا الطرفين . . . فله أن يقوم بفصل النزاع على الطريقة المبينة في هذا النظام ، سواء أقيمت الدعوى في المحاكم المدنية أو الجزائية أو لم تقم » وكان هذا النص صريحاً في اعتبار العادات العشائرية مصدراً قانونياً ملزماً ، لا في القضايا المدنية فحسب ، بل وفي القضايا =

بعض المعايير المرنة التي يرد ذكرها في جريمة تقررها قاعدة تشريعية[١]. وسنتناول هذا الموضوع تفصيلاً عند بحث أثر الجهل بالقاعدة الجنائية على المسئولية.

دور العرف في القانون الخاص

١٨٨ – يلعب العرف دورا ضئيلاً في نطاق القانون الخاص بعد أن صارت السيادة للتشريع، ووضعت قواعده في تقنينات أحاطت بالقدر الأكبر من موضوعاته[٢].

ويبدو ذلك بوضوح في القانون المدني حيث تقل القواعد العرفية فيه، حالة أن العرف ما برح يلعب دوراً هاما في القانون التجاري، في حدود الفراغ التشريعي الذي تركته القواعد المكتوبة، وإزاء تجدد حاجات التجارة وتطورها.

ونعرض فيما يلي بإيجاز لدور العرف في القانون المدني، ثم في القانون التجاري، مع سرد بعض الأمثلة.

العرف في القانون المدني

١٨٩ – يلعب العرف دوره في هذا القانون في ناحيتين: فهو تارة

= الجزائية. ومعنى ذلك أن أفراد المجتمع العراقي كانوا ينقسمون قسمين: قسم يخضع للقوانين المكتوبة، وقسم آخر يخضع لأحكام القانون غير المكتوب (العرف والعادة) – الأستاذ عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون ص ٦٠.

(١) من قبيل ذلك ما نصت عليه لائحة السيارات من عدم جواز قيادة السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته. وقد قضت محكمة النقض بأن العرف جرى بأن يلتزم سائق السيارة الجانب الأيمن من الطريق دائماً، ومخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات وتعريض حياة الجمهور للخطر. ولا محل للقول بأنه لا يوجد نص يلزم السائق بالسير على اليمين، إذ أن العرف جرى على ذلك، وهو يكفي لتوفير عنصر الخطر في الجريمة.

(٢) في إفريقية نشطت الحركة لجمع وتنسيق القوانين العرفية كمقدمة ضرورية لوضع مجموعات القوانين. وقد كانت الحكومات قلقة بشأن إيجاد أساس من القوانين في أقصر وقت ممكن، وقد ترتب على ذلك أن أعدت القوانين بدون الرجوع إلى العرف، بل بدون إجراء أي تنسيق أولي بين مجموعات القوانين التي وضعت على غرار النماذج الغربية فجاءت بعيدة عن روح الأصل المشتقة منه. والسبب في ذلك أنهم لتجنب العناء أخذوا النماذج المعدة بالفعل دون النظر إلى أن ما هو مناسب للدول الأوربية لا يتلاءم غالباً مع الدول الإفريقية – أنظر هامش (٢) ص ٢٨٤ و٢٨٥.

يسد الفراغ التشريعي في النصوص، ودوره في هذه الحالة أصلي، وهو تارة أخرى ينطبق بتوجيه من القاعدة التشريعية، وعندئذ يكون دوره تابعاً للتشريع. ومثال الحالة الأولى، القاعدة العرفيـة التي تضع قرينة بالنسبة للزوجين المسلمين، على اعتبار أثاث المنزل مملوكاً للزوجة حتى يقدم الدليل على العكس.

وقد يفوض المشرعُ العرفَ في أداء دور أصيل لاستكمال النقص في القواعد التشريعية، ومن ذلك ما تقضي به المادة ٩٥ من التقنين المدني من أنه: «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتُبر العقدُ قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

ويبين من هذا النص أن العرف هنا قادر على تقرير القواعد القانونية التي تحكم المسائل التفصيلية بين المتعاقدين، ما دام الاتفاق قد تم على المسائل الجوهرية، وما دام المتعاقدان لم يشترطا أن العقد لا يتم بسبب عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية.

ومثال الحالة الثانية، معاونة العرف القاعدة التشريعية في ضبط معيار مرن ورد بها، أو في الكشف عن نية المتعاقدين عند غموض الإرادة الظاهرة، وحينئذ يكون دوره تابعاً للقاعدة التشريعية كما ذكرنا.

ومن أمثلة معاونة العرف في ضبط معيار مرن نص المادة (١٤٨) مدني التي تقضي بأن إلزام المتعاقدين بمضمون العقد لا يقتصر على ما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته. وتتحدد هذه المستلزمات، كما يقضي النص، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. فالعرف إذن يعاون القاعدة التشريعية في تحديد المقصود بمستلزمات عقد من العقود.

ومن قبيل معاونة العرف في تحديد المعايير المرنة، ما جرى به نص المادة

٤٣٢ مدنى[1] من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . وما جرى به نص المادة ٤٣٣ : « إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك . . . » .

ومن أمثلة العرف الذى يؤدى دوراً تابعاً للكشف عن نيـة المتعاقدين الغامضة ، نص المادة ١٥٠ الذى يقضى بأنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » ويتضح من هذا النص أن القاضى يستهدى بالقواعد العرفية للتوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين .

العرف فى القانون التجارى

١٩٠ — يحظى العرف بنصيب موفور فى مجال القانون التجارى ، نظراً لسكوت المشرع فى كثير من المسائل الهامة ، ولتزايد حاجات التجارة .

وفى مقدمة هذه المسائل العمليات المصرفيـة التى تخضع بصفة أصيلة لقواعد عرفية[2] .

---

(١) تقابل هذه المادة فى التشريع التونسى المادة ٦١٧ وفى التشريع اللبنانى المادة ٤٢٠ ، وهذه المواد كلها مأخوذة من الشريعة الإسلامية — مرشد الحيران م ٤٧٠ — ٤٧٧ والمجلة م ٢٣٠ — ٢٣٥ .

— ولم يفرق القانون المدنى العراقى بين العرف والعادة ، ومثال ذلك نص المادة (٣١) فى فقرتها الأولى على أنه « يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة » . ونجده يستعمل أحياناً العادة بدلا من العرف كما فعل فى الفقرة الأولى من المادة (٩٠٣) التى تنص على أن « يفرض فى أداء الخدمة أن يكون بأجر ، إذا كان قوام هذه الخدمة عملا ليس مما جرت العادة بالتبرع به » . ونصت المادة (١٦٤) على أن « العادة محكمة ، عامة أو خاصة ، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها » كما نصت المادة (١٦٣) على أن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة » . وبالرجوع إلى المادة الأولى نراها تنص على العرف ، فى المرتبة التالية للتشريع ، بين المصادر الرسمية للقانون المدنى العراقى — و نظر المواد ١٦٣ — ١٦٥ من هذا القانون .

(٢) فى دراسة للقانون التجارى ما يؤكد ذلك بمزيد من التفصيل .

ومن قبيل القواعد العرفية التجارية القاعدة التى تقضى بأن التضامن يفترض بين المدينين ، ومؤدى ذلك أن الدين لا ينقسم على المدينين فى المعاملات التجارية عند مطالبة الدائن لهم . ومن ذلك أيضا القاعدة التى تجيز المطالبة بفوائد على متجمد الفوائد ، والتى تجيز تقاضى فوائد تزيد فى مجموعها على رأس المال . وهذا كله على خلاف ما تقضى به قواعد القانون المدنى فى العلاقات المدنية[1] .

كذلك قد يشير العرف التجارى بأن السكوت يدل على الرضاء ، كما إذا أرسل المصرف بياناً للعميل عن حسابه الجارى فى المصرف ، وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له . وهذا أيضا على خلاف للقاعدة المدنية التى تقضى أصلاً بأن السكوت لا يُعد تعبيراً عن الإرادة .

مدى سلطان القاعدة العرفية فى مخالفة القاعدة التشريعية

١٩١ — ذكرنا سابقاً أنه يشترط لتطبيق القاعدة التشريعية المكملة ألا يتفق الأفراد على خلاف الحكم الوارد فيها . وقد تنص القاعدة التشريعية على عدم انطباق حكمها إذا وجد عرف يخالف هذا الحكم . وعندئذ يمكن القول بأن القاعدة التشريعية نفسها هى التى ترخص للقاعدة العرفية أن تخالفها . وهذا الترخيص وحده هو الذى يسمح للعرف بمخالفة التشريع .

وتنتشر هذه الظاهرة بصفة خاصة فى القواعد المكملة التى تحكم العقود : ومثال ذلك فى عقد البيع أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ مدنى) .

---

(١) يرى بعض الفقه أن العرف التجارى يجوز له أن يخالف القواعد التشريعية الآمرة ويسوق لذلك هذا المثال ، وهو على خلاف القاعدة الآمرة التى تنص عليها المادة ٢٣٢ مدنى — أنظر فى ذلك الدكتور حسن كيره ، الموجز فى المدخل ص ١٥٩ وما بعدها — الدكتور شمس الدين الوكيل ، مبادىء القانون ١٩٦٨ ص ١٩٨ .

— وتنص المادة الثالثة من القانون التجارى العراقى على أن « يفصل فى القضايا التجارية بموجب المقاولات المعتبرة قانوناً ، وعند عدم وجود مقاولة فبمقتضى صراحة قانون التجارة أو دلالته ، وفى حالة عدم إمكان فصلها وفق ما تقدم فتراعى فى ذلك العادة التجارية ... ونجـد لهذا النص العام تطبيقات نصت عليها المادتان (٩٤) و (١٦٠) من القانون التجارى العراقى .

وفى هذه الحالة يتعين الرجوع ابتداءً إلى إرادة المتعاقدين لتحديد مكان الوفاء بالثمن وزمانه . فإذا لم يتفقا ، يُعتدّ بالقواعد العرفية إن وجدت فإذا لم توجد سرى حكم القاعدة التشريعية المكملة سالفة البيان .

ونشير هنا إلى أن وجود القاعدة العرفية لا يترتب عليه بالضرورة تعطيل تطبيق القاعدة التشريعية ، ومن باب أولى لا يؤدى إلى إلغائها .

فالقاعدة العرفية ، لا تملك إلغاء القاعدة التشريعية لأنها ليست فى نفس مرتبتها ، بل هى دونها ، وتبقى القاعدة الأخيرة وتنطبق فى حالة زوال القاعدة العرفية . وفضلاً عن ذلك فإن القاعدة العرفية قد تتركز فى جهة معينة أو تقتصر على مهنة معينة فقط . وهنا تبقى القاعدة التشريعية صالحة للتطبيق فى غير الجهة أو المهنة التى استقرت فيها القاعدة العرفية .

دور العرف فى المجتمعات الحديثة

١٩٢ ــ الدور الذى يلعبه العرف فى المجتمعات الحديثة فى انكماش مستمر . وإنه وإن ظلت له بعض القيمة فيما يتعلق بالقانون التجارى حيث لا تزال بعض الأعراف التجارية مطبقة وترقى فى بعض الأحيان إلى مرتبة المبادىء العامة[1] ، إلا أن بعض فروع القانون الأخرى تكاد لا تعرف العرف أو القواعد العرفية .

والواقع أنه بانتهاء نظام الإقطاع والطوائف ، ودخول الدولة الحديثة فى مرحلة الثورة الصناعية ، تقلص دور العرف نتيجة لاضطرار المشرع التدخل لتنظيم الحياة الاجتماعية طبقاً لمقتضيات الثورة الفنية التكنولوجية[2] ، مما أدى إلى إلغاء كثير من العادات الملزمة أو تقنينها فى نصوص مكتوبة متى ثبتت صلاحيتها للمجتمع الجديد .

(١) كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع .

(٢) كان التغير الاجتماعى فى مصر يستهدف التحول عما كنا عليه من مجتمع إقطاعى رأسمالى ، إلى مجتمع اشتراكى ، وما يتطلبه ذلك من تحول من مجتمع زراعى فى أساسه إلى مجتمع صناعى بمعنى الكلمة . ولكن الاشتراكية التى كان يستهدفها التغير الاجتماعى عندنا ليست باشتراكية عربية ، أو تطبيق عربى للاشتراكية ، على نحو ما دار الجدل حينذاك . كانت بالحرى واحدة من هذه الاشتراكيات التى حاولها القرن العشرون اتلافاً بين النقيضين وذلك على وجه الدقة ما كان يقصد إليه « ديجول » بحديثه عن أمل العالم فى حل ثالث . ــ

ــ وكان لا بد ، لنجاح هذا التحول الاجتماعى ، كما هو الحال بالنسبة لكل انتظام عضوى اجتماعى ، من حركة مزدوجة تتمثل فى الذهاب والمجىء بين القمة والقاعدة : تمضى الإرادات الجماهيرية فى تأثيراتها المتبادلة ، إرادة مشتركة إلى أعلى فتعود من القمة قرارات تجسد هذه الإرادة المشتركة ، تمضى بها ومعها إلى حيز التنفيذ . ومن هنا لم يكن عبثاً أن حرص «لينين» على إقامة هذا التنظيم الشبكى الذى يتيح حركة متواصلة بين القمة والقاعدة . بل إن هذا التنظيم لشبكة الاتصالات يعتبر بمثابة حجر الأساس للانتظام الاشتراكى ، بحيث تنشيد فوقه كل الجنبات الأخرى من الحياة . وإذا كان هذا هو الحال فى الاشتراكية الماركسية على نحو ما تجسدت فى روسيا « السوفيتية » ، فقد كان حريا بنا ، ما أردنا لاشتراكيتنا مزيداً من العضوية يتيح للإرادات الجماهيرية أن تتواصل إرادة زعامية ــ أن نحرص كل الحرص على إقامة هذه الشبكة متيحين لها بلغة « لينين » أقصى ما يمكن من سيولة الاتصالات . فبذلك وحده كنا نضمن الانتظام العضوى المميز لمجتمعات الاشتراكية بمعنى الكلمة . فقد لقى المعدمون أرضاً زراعية يفلحونها ، ولقى أناس كان من المحتم أن يكونوا عاطلين ، عدداً هائلا من المصانع ، ولقى الكل كثرة من الامتيازات أتاحتها مجانية التعليم وتشريعات الضمانات الاجتماعية ، وغيرها ، بيد أن أعداداً هائلة من الطبقة الوسطى قد انطلقت مع الثورة بتطلعاتها الطبقية ، واستغلت وحدانية الاتجاه فى شبكة الاتصالات ، من القمة إلى القاعدة فحسب ، فأعلنت رماديتها نفاقاً من الحماسة مكنها من الوصول إلى بعض مواقع القيادات التنفيذية ، تسد الطريق على القاعدة ، وتتحول بما يتيح لها امتيازات مواقعها إلى برجوازيات صغيرة . وإذا كنا فى مجال الإحباطات قد نجحنا إلى حد كبير فى تخليص الغالبية من الإحباطات فى مجال الحاجات الفسيولوجية الضرورية ، فإننا بأمانة العلم نقرر بأننا قد وقعنا فى مجال إحباط الحاجات المعنوية ، هذا الذى وقعت فيه ، وما تزال ، مجتمعات الاشتراكية الماركسية . وهكذا لا مندوحة من ضرورة البحث عن حل ثالث لهذه الإنسانية يتيح لها أن تعيد تشكيل الحياة وفق أمانيها ، بحيث تستطيع أن تزاوج بين إشباع حاجاتها الفسيولوجية ، ومتطلباتها المعنوية الإنسانية .

ــ هذا وإن تغيير علاقات الإنتاج ، حيث كان لقانون تحديد الملكية الدور الحاسم فى القضاء على الإقطاع فى الريف المصرى ، إنما تم بإجراءات قانونية وتشريعية ، بيد أن تغيير البناء العلوى ، وبخاصة تغيير الموقف من الحياة والآخرين مثلا فى القيم والعادات والاتجاهات والأعراف والأخلاق ، أو بعبارة أخرى فلسفة الحياة بعامة ، فلا يمكن تغييره بإجراءات قانونية أو تشريعية . وليس أدل على ذلك من أن تصفية الإقطاع طبقيا ، أى فى مستوى علاقات الإنتاج ، لم يؤد إلى القضاء على البناء الفوقى الذى تكون فى ظل الإقطاع . فالعقلية الإقطاعية تظل ، لا بين الإقطاعيين السابقين فحسب ، بل وتبقى آثارها بين الفلاحين المعدمين ، والعمال ، وسكان المدن من بين أبناء البورجوازية الوطنية والصغيرة . والمشكلة هنا هى كيف يمكن تقصير تلك الفترة بين التغيير التكنولوجى والاجتماعى من جانب ، والتغيير النفسى من جانب آخر ؟ الإجابة أنه لا بد من حدوث التغير التكنولوجى والاجتماعى أولا ، وبالضرورة ، لكى يصبح التغيير النفسى ممكناً ، ويظل البناء النفسى مع ذلك ، بوصفه جانباً من جوانب البناء العلوى ، عاجزاً عن ملاحظة التغيير الاجتماعى الذى تم فى ــ

= الجوانب التكنولوجية والمادية ، والذى انعكس بعد ذلك من طريق الثورة الاجتماعية فى البناء الاجتماعى ، فكيف يمكننا تفسير ذلك ؟ إن مدارس التحليل النفسى الحديثة ، وبخاصة التيارات الثقـافية ، وبالذات أريك فروم (فى كتابيه Escape from Freedom, The Sane Society قد أوضحت لنا كيف أن أسلوب التربية يستهدف تكوين الشخصية المطلوبة فى مجتمع معين ، فأسلوب التربية فى المجتمع الزراعى يستهدف تكوين شخصية زراعية ، بينما يستهدف أسلوب التربية فى المجتمع الصناعى تكوين الشخصية القادرة على مواجهة متطلبات الحياة فى مجتمع صناعى . ويطلق ابراهام كارديز على هذا التكوين الشخصى اصطلاح Basic Personality الذى يقترب من مفهوم الطابع القوى .

إن المجتمع الصناعى يحتاج إلى تكوين شخصى مختلف تماماً عن التكوين الذى يحتاجه المجتمع الزراعى ، ليس هذا فحسب ، بل إن المجتمع الصناعى الاشتراكى يحتاج لتكوين شخصى يختلف تماماً عن ذلك التكوين الذى يحتاجه المجتمع الصناعى الرأسمالى . وعلى هذا فالتغيير المطلوب تغيير مزدوج ، تغيير فى الاتجاه المادى التكنولوجى ، وتغيير آخر ملازم له فى الاتجاه الاشتراكى . ذلك أن التكوين النفسى فى المجتمع الرأسمالى تكوين فردى نفسى ، أما التكوين النفسى الذى يتطلبه المجتمع الاشتراكى فهو التكوين المتميز بالوعى الاجتماعى ، بالانتماء إلى المجتمع والارتباط بالآخرين ومشاركتهم فى المسئولية . فثلا نجـد المجتمع الاشتراكى ، بما يتيحه المرأة من التعليم واستعادة حقها الإنسانى فى العمل ، يؤدى إلى تحول فى موقف المرأة من دورها فى المجتمع ، وإلى تنمية وتحقيق إمكانياتها الإنسانية التى حالت عزلتها دون تحقيقها ، ومن ثم تزول الجفوة التى كانت تشوب علاقتها بالرجل ، وتتخلص من تبعيتها له ، كما تتخلص من قيود الجنس المتمثل فى ذلك القدر من الشهوية Erotism الذى يتسم به جسمها ، وتأخذ فى تنمية إمكانياتها وقدراتها الإنسانية . وهكذا لا تصبح مجرد كائن جنسى ، بل كائنا إنسانيا كاملا له مطالبه الجنسية المشروعة وله كذلك مطالبه الإنسانية الإجتماعية والذهنية . إن المجتمع الاشتراكى يضع الجنس فى مكانه الصحيح من حياة المرأة دون ابتلاعه لحياتها كلها .

— ويقودنا هذا إلى ضرورة التخطيط لدور المرأة فى المجتمع الاشتراكى . إن خروج المرأة للعمل يقتضى تغيير موقفها ، القديم ، من ذاتها ومن العالم ، ومن الآخرين . ومن ثم لابد من محاربة كل مظاهر التفرقة بينها وبين الرجل ، وهى عديدة ، مثل إقامة مؤسسات لتعليم البنات ، أو حرمان المرأة من وظائف معينة ، كما فى ولاية القضاء التى أجاز لها أبو حنيفة تقلدها فيما تسمع فيه شهادتها ، وهو ما عدا الحدود والقصاص إذ لا شهادة لها فيهما ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وجوداً وعدماً . على أنها لو قضت فى حد فرفع ذلك إلى قاض آخر يرى جوازه فأمضاه ، فليس لغيره إبطاله . بل إن بعض فقهاء الحنفية المجتهدين ، مثل « الكمال بن الهمام » يرى أن الشريعة الإسلامية لم تسلب المرأة ولايتها القضاء . فالمرأة تصلح لأن تكون شاهدة وناظرة وقف ووصية على اليتامى ، فإذا قضت قضاء موافقاً لدين الله نفذ قضاؤها ولا يبطل . وقال « ابن جرير الطبرى » إن المرأة يصح أن تلى القضاء فى كل شىء . كذلك فإن مقتضى ما ذهب إليه القاضى « شريح » من جواز صحة شهادة المرأة فى الحدود والقصاص أن يكون قضاؤها جائزاً فى كل شىء منه — أنظر فى =

٣ — مبادىء الشريعة الإسلامية

١٩٣ — مر بنا أن القانون المدنى المصرى نص فى الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على أنه « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة »(١) ، وهكذا تكون مبادئ الشريعة مصدراً رسمياً ملزماً للقاعدة القانونية ، تجئ فى الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة التى لا تزال فكرتها ، بصورة

= تفصيل ذلك كله : د. خيمر ، دراسة نقدية للتفسير الاجتماعى من زاوية علم النفس ، مجلة الفكر المعاصر ، العدد ٧٧ ، نظرية الوعى فى الاشتراكية العربية ، مجلة « الكاتب » العدد ٤٤ ، الطريق العربى والماركسية التقليدية ، العـدد ٥٠ ، مفهومنا الجديد للثورة الاشتراكية ، العدد ٦٣ ، علم نفس الجشطلت لبول جيوم ، ترجمة د. صلاح مخيمر وعبده ميخائيل رزق ، مجموعة الألف كتاب ، سجل العرب ١٩٦٣ الفصل الثالث من الدعاية السياسية للدوميناك ، دراسات فى الفوقية مع هيكل نظرية تفسيرية فى القومية العربية ، د. صلاح مخيمر وعبده رزق ١٩٦٢ ، نحو نظرية ثورية فى التربية ، د. صلاح مخيمر ص ٩٦ ، التطور الاجتماعى وآثاره النفسية فى مصر ، د. فرج أحمد فرج ، مجلة الفكر المعاصر ، العدد ٧٧ ، الأستاذ طه أبو الخير ، حرية الدفاع ١٩٧١ .

(١) ويقابلها فى القانون المدنى العراقى ، المادة الأولى التى تنص على أن « ١ — تسرى النصوص التشريعية . . . ٢ — فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ، دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . . . » . وجدير بالذكر أن المشرع المصرى حذف عبارة « الأكثر ملاءمة لنص هذا القانون » التى وردت فى المشروع التمهيدى ، وكان الدكتور السنهورى يرى إبقاءها لاحتمال أن تتعارض مبادىء الشريعة مع القانون ، فلا يؤخذ منها فى هذه الحالة إلا ما كان أكثر ملاءمة للقانون ، وكان الرد على هذا النص أن التعارض لن يحدث لأن الشريعة لن تطبق إلا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها إلا المبادىء العامة دون الحلول التفصيلية — أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ص ١٩١ — ١٩٢ .

— وحسنا فعل المشرع المصرى بحذف العبارة المشار إليها ، لأن جوهر مبادىء الشريعة ، كما ذكرنا فى الكتاب الأول ، لا خلاف فيه ، وهو يختلف عن الفقه الإسلامى الذى هو اجتهادات الفقهاء فى استنباط الأحكام ، ولأن تقريب مبادىء الشريعة من أحكام القانون من اجتهاد القاضى حتى يكون الانسجام تاماً بين القانون المدنى وتلك المبادىء . هذا إلى أن المادة تتكلم عن مصادر القانون ، فكيف يقيد الأخذ بالشريعة مع إطلاق الأخذ بالعرف ؟

عامة ، غير واضحة ولا محددة ، حالة أن مبادئ الشريعة الإسلامية ترتكز على أسس ثابتة فى كتب الفقه[1] . والمراد بمبادئ الشريعة فى هذا الخصوص ، هو المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، أى القواعد الأساسية التى تقوم عليها ، أما الأحكام التفصيلية لتلك الشريعة فلا تعتبر مصدراً رسمياً . فالقضاء المصرى فى أحكامه غير ملزم بالتقيّد بمذهب معين من المذاهب الإسلامية ، بل تعتبر جميعها مرجعاً لاستنباط الأحكام القانونية الصحيحة ، فيجوز له أن يرجع إلى جميع المذاهب الفقهية الإسلامية ، كالجعفرى والزيدى والحنبلى والمالكى والشافعى والحنفى وغيرها ، ذلك أن الرجوع إنما سيكون إلى مبادئ الشريعة ، أى كلياتها ، وهى ليست محل خلاف بين الفقهاء ، وبالتالى لا تختلف باختلاف المذاهب . وهى ، كمصدر رسمى للقانون ، تطبق بالنسبة لجميع الأفراد ، سواء أكانوا مسلمين أم غير مسلمين ، وفى جميع المسائل ، عدا ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية ، حيث يطبق الدين ، بحسبانه مصدراً رسمياً أصلياً[2] ، كما سنرى حالاً .

أما مواد القانون المدنى ، المنقولة من الفقه الإسلامى مباشرة ، فهى نصوص تشريعية ، يُراعى فى تفسيرها مصدرها التاريخى الذى نقلت منه ، وتفسّر على ضوء أحكامه[3] .

والقاضى المصرى لا يلجأ إلى الشريعة الإسلامية إلا حين لا يجد قاعدة قانونية تنطبق على النزاع المطروح عليه ، لا فى نص تشريعى وضعى

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣٤٥ – ولعل هذا الفقيه يقصد بهذا سهولة التوصل إلى معرفة مبادىء الشريعة عن طريق الكتب الفقهية العديدة التى كتبها أئمة المذاهب المختلفة وتابعوهم ، لأننا قلنا إن الفقهاء يختلفون فى استنباط الأحكام من أدلتها الشرعية ، وأوردنا فى الكتاب الأول أسباب اختلافهم ، وأمثلة عديدة على هذا الاختلاف ، وأنهم ليسوا سوى مجتهدين اجتهدوا فى زمانهم ، وقد لا يصلح اجتهادهم اليوم لمواجهة الحالات التى استجدت ، والتى يعين على مواجهتها القواعد الشرعية العامة ، مع الاهتداء بالروح السمحة التى يتم عنها الدين الإسلامى ، دون التقيد فى ذلك بغير مراعاة عدم مصادمة الحلول لنصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة – أنظر فى أن الفقه هو المصدر الشكلى الأساسى للشريعة الإسلامية Y. Linant de Bellefonds, Traité de Droit Musulman Comparé, Paris 1965 T. IP, 20.

(٢) بمعنى أن غير المسلمين تطبق عليهم أحكام دياناتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية ، أو بتعبير أدق ، المتعلقة بمسائل الأسرة .

(٣) الدكتور السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ ط ١٩٥٢ ص ٤٩ .

مكتوب ، ولا فى صورة قاعدة عرفية ، فحينئذ يُيمّم القاضى وجهه شطر الشريعة الغراء ، يستوحى قواعدها العامة حكمه دون التقيّد بمذهب معين[1] .

٤ – الدين

١٩٤ – إن أهمية الدين ، بصفة عامة ، كبيرة . وقد عرف الإنسان قواعد الدين قبل أن يعرف قواعد القانون بمفهومها الحديث ، بل إن قواعد القانون كانت فى بدء نشأتها قواعد دينية . وكان القانون فى كل مجتمع ينشأ معتمداً على الدين وممتزجاً به ، حتى أن رجال الدين كانوا هم أنفسهم رجال القانون . وكانوا يستعينون فى فرض احترام القواعد القانونية على الناس بإسنادها إلى إرادة الآلهة وإلى فكرة الحلال والحرام[2] . ولا عجب إذا ما اعتمدت المجتمعات القديمة اعتماداً كلياً على قواعد الدين والعرف كمصدرين للقانون .

ويراد بالدين هنا ، مجموعة العقائد والأحكام والفرائض التى تقرها شريعة من الشرائع وتلزم معتنقيها بها . وتنظم قواعد الدين غالباً علاقة الإنسان بربه أو واجبه نحوه ، وواجب الإنسان نحو نفسه ، وواجبه نحو غيره من الناس . وإذا كان القانون لا يهم إلا بتنظيم العلاقات بين الناس ، فإننا نجد علاقته بالدين مقصورة على تنظيم المعاملات بينهم .

(١) كانت ثمة اتجاهات ثلاثة حاولت التأثير فى موقف القانون المدنى من الشريعة الإسلامية : مذهب يعبر عن اتجاه علمانى Laique يرى أنه لا يجب الإشارة إلى الشريعة الإسلامية ، إذ أن تطور الحياة المصرية لم يعد يحتمل معه أن يكون فى الرجوع إليها أى عون للقاضى فى حل المنازعات التى تعرض عليه . ورأى يعبر عن اتجاه إسلامى يذهب على العكس من ذلك ، إلى ضرورة وضع قانون مدنى تستمد أحكامه كلياً من أحكام الشريعة الإسلامية ، وقدم فعلا مشروع للالتزامات على أنه تقنين الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع . أما الرأى الثالث ، وهو الرأى الوسط الذى انتصر فى النهاية ، فهو الرأى الذى نادى به الدكتور السنهورى ، واضع مشروع القانون ، وهو النص على الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى ، يأتى بعد التشريع والعرف ، مع مراعاة أن تكون الأحكام الموضوعية للقانون المدنى متمشية مع روح الأحكام العامة فى الشريعة الإسلامية وما يساير تطورات العصر – أنظر الجزء الأول من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى .

(٢) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣٢٥ .

١٩٥ – ونسارع إلى القول بأننا لا نقصد بالدين ، كمصدر أصلىّ من مصادر القاعدة القانونية فى مصر ، الشريعة الإسلامية فحسب ، وإنما ينصرف مدلوله إلى الأديان السماويّة الأخرى كافة (١). والقواعد الدينية تتنوّع فى

(١) فلا شأن لنا بالأديان غير السماوية ، مثل الهندوسية والجينية والبوذية ، وهى أديان الهند الكبرى . فى الهندوسية مجموعة كبيرة من الآلهة ، وأنكرت الجينية الإله ، ورفضت البوذية الحديث عنه . ولكن هذه الهوة لم يطل عمرها ، فسرعان ما أله الجينيون مهاويرا والبوذيون بوذا . وهيهات أن تجد هندوسيا لا يعبد عدداً من الآلهة ، حتى أنه يصلى للنمر الذى يفترس أنعامه ، وللجسر الخط الحديدى الذى يصنعه الأوربى ، وللأوربى نفسه عند الاقتضاء – جوستاف لوبون ، حضارة الهند ص ٣٦٨ .

– والهندوسية هى الدين الأم ، وتتشعب منه الأديان ثم تعود إليه غالباً فى صورة أو أخرى ، وهكذا تلتقى أديان الهند فى الاعتقاد بالكارما وإن اختلفت فى تعبيرها ، وتلتقى تبعاً لذلك فى القول بالتناسخ ، وفى محاولة التخلص من تكرار المولد بقتل الرغبات والحرمان . والكارما ، أو قانون الجزاء وما يترتب عليه من تناسخ للأرواح أو تكرار المولد ، أهم المبادىء التى تعتبر محوراً للفكر الهندى . وقد تردد بوذا فى الخوض فيها ، وقال فى ذلك : هل تكلم ميت قط ؟ والعقل يقر أنه لا بد من جزاء لما يرتكبه الإنسان من أخطاء ، وقد اتخذ الإسلام طريقاً رائعاً حيال هذا الموضوع ، فجعل الجزاء يتم أحياناً فى الدنيا وأحياناً فى الآخرة ، وكان القرآن الكريم مرشد المسلمين إلى هذا الفكر ، قال تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم » ، « فأما من ثقلت موازينه فهو فى عيشة راضية ، وأما من خفت موازينه فأمه هاوية » .

– ونورد بعض نماذج الفقه الهندوسى : المرأة تعيش وليس لها خيار ، البنت فى خيار أبيها ، والمتزوجة فى خيار بعلها ، والأرملة فى خيار أبنائها ، وعلى المرأة أن ترضى بمن ارتضاه لها والدها بعلا فتخدمه طول حياته ولا تفكر فى رجل آخر بعد وفاته . وإن وجدت زوجها لا يعتنى بها ويحب امرأة غيرها ، فلا تحقــد عليه ، ولا تقصر فى خدمته ونيل مرضاته فقد ليطت جنة المرأة برضا بعلها . وفى المسائل الاقتصادية : لا يجوز أكل الربا الفاحش ، ولصاحب المال أن يأخذ روبية وربع روبية ربحاً عن مائة روبية فى كل شهر . وإذا وجدت لقطة فى مكان ، أمر الملك بحفظها حتى يوجد صاحبها ، والذى يسرق مثل هذا المال يلقى أمام فيل ليدوسه نكالا لجنايته . ويجب على الملك أن يكتفى بالقليل من الضرائب على رعيته ، فيأخذ من الحبوب الثمن أو السدس ، ومن أرباح الفضة أو الذهب النصف . والولد الأكبر هو الذى يرث والديه ، لأنه بمنزلة الأب .

– ولا تعتبر البوذية إضافة فى صميم العقائد الدينية ، بل إضافة فى آداب السلوك وفلسفة الحياة ، وإضافة فى عرض الآراء على يد غير المستأثرين بها قديماً من سدنة الهيكل والمحراب . ومن أهم ميزاتها ، التسامح إلى حد كبير ، وكان بوذا يحذر أتباعه من التعصب المذهبى ، ويقرر لهم أن التعصب يعمى عن الحق . والبوذية تسعى لإنقاذ الجماهير ، بينما الجينية تسعى لإنقاذ الفرد – أنظر فى كل ما تقــدم **Berry : Religions of the** –

اتساعها وفقــاً لاختلاف الأديان ، فبعضها يقتصر على العبادات والعقائد والأخلاق ، ولا يعنى بالمعاملات وتنظيم شــئون الحياة إلاّ فى أضيق الحدود(١) . ومثل هذه الأديان لا تقوى على أن تكون مصدراً مباشراً للقواعد القانونية ، وإن كانت تستطيع بتعاليمها أن تؤثر على تكوين هذه القواعد وتشكيل جوهرها . بينما لا يقتصر بعض الأديان الأخرى على العقائد والفرائض ، بل يتدخل فى تنظيم معاملات الناس ، ويضع الجزاء الدنيوى لمخالفة القواعد التى يقررها . ومثل هــذه الأديان يمكن أن يعتبر مصدراً مباشراً للقواعد القانونية ، وبذلك تستمد القاعدة القانونية قوتها الإلزامية من الدين مباشرة ، وتتولى الدولة بما تملكه من سلطة عامة توقيع الجزاء الذى تفرضه القاعدة القانونية كما أشار بها الدين . ويعتبر الدين الإسلامىّ نموذجاً واضحاً على تنظيم أمور الدنيا وفرض الولاية على المعاملات(٢) ، بينما يعتبر الدين المسيحى مثلا حياً للأديان التى اقتصرت عنايتها على العبادة والأخلاق . ونوجز القول فى كل من هذين الدينيْن من حيث دور كل منهما فى فرض القواعد القانونية بصفة عامة ، ثم ننظر فى مركز الدين بين مصادر القاعدة القانونية فى مصر وغيرها من البلاد العربية .

الدين المسيحى :

١٩٦ – قامت الفلســفة المسيحية على نوع من ازدواج الولاء لدى المسيحى ، فهناك ولاء للسلطة الزمنية المتمثّلة فى الإمبراطور ، وولاء للسلطة الروحية المتمثلة فى الكنيسة . وهذا الازدواج فى الولاء يتمثل فى العبارة التى تُنسب أحياناً للسيد المسيح ، عليه السلام ، وتُنسب أحياناً أخرى ، وهو

– **world p. 43** ، الأستاذ العقاد فى « حقائق الإسلام وأباطيل خصومه » ، وفى « الله » ، الدكتور أحمد شلبى فى « مقارنة الأديان – أربعة أجزاء » وفى « التاريخ الإسلامى والحضارة الإسلامية جـ ٢ » ، بروفسور أتربا فى « ثقافة الهند وحياتها الروحية والأخلاقية والاجتماعية ص ٥٥ » ، **Wells : Ashort History of the World p. 128.**

(١) ويسمى الفيلسوف **Bertrand Russell** هذه الأديان بالديانات الفردية – أنظر كتابه **Education and the Social order** .

(٢) ومن ذلك أيضاً الشريعة الموسوية ، ومن الأديان غير السماوية الكونفوشيوسية . وهذه هى الأديان السياسية أو الجماعية – أنظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ص ٢٠٩ .

الراجح ، إلى القديس بولس والتى تقول « إعط ما لقيصر لقيصر ، وما لله لله » . وقد عبر القديس بولس عن تلك الفلسفة التى تدعو المسيحيين إلى طاعة الأباطرة فى أمور الدنيا طاعة كاملة بقوله « فلتخضع كل نفس للسلطات العليا . فما السلطان إلا لله ، والسلطات القائمة فى الأرض إنما هى من أمره ، فمن يعصى السلطات الشرعية إنمـا يعصى الرب ، ومن يعصها حلّت عليه اللعنة ... »[1] . وفى ظل هذا التفكير ، الذى يقوم على أن الحاكم يحكم بمقتضى حق إلهى مقدس ، تعلو السلطة فوق الحرية ، ويستند الاستبداد إلى أساس متين : ومن ثم ، ورغم دعوة المسيحية إلى الحرية والمســاواة بين البشر ، فإن تلك الحرية والمساواة فسّرت تفسيراً روحياً خالصاً « يعلو فوق مطالب الحياة ومقتضياتها » على تقدير أن هــذه المطالب إنما هى من قبيل الأعراض الزائلة ، وأن المهم فى « مدينة الرب » هو الخير الباقى بعد هذه الحياة[2] . بيد أنه حدث تطور فى الفكر المسيحى فى أعقاب انهيار سلطان الأباطرة الرومان من ناحية ، وزيادة سلطان الكنيسة من ناحية ثانية ، كان مدعاة لبعض الحرية ، ووضع الاستبداد السياسى للسلطات الزمنية فى إطار محدود ، وإن ظلت الفلسفة المسيحية تركز على الأمور النفسية الباطنية أكثر من تركيزها على العلاقات الاجتماعية الخارجيــة ، ومن ثم كان اهتمامها بقضايا التطهر النفسى والســمو الروحى ، أكثر من اهتمامها بقضايا الحرية والسلطة .

التشريع والمسيحية :

١٩٧ ــ تعتبر المسيحيةُ التوراةَ وأسفارَ الأنبياء السابقين كتباً مقدسة ، ويطلقون عليها « العهد القديم » ، وكان المسيحيون لذلك فى عهودهم الأولى يتبعون شريعة اليهود والوصايا العشر عندهم ، ومن أجل هذا لم يأت عيسى بتشريع جديد ، وكل ما اهتم به هو الوعظ والوصية والتسامح . وأهم

(١) جورج سباين : تطور الفكر السياسى ج ٢ ، الترجمة العربية ص ٢٦٥ .

(٢) أنظر بخصوص ذلك وبخصوص مدينة الرب التى تصورها القديس أوجستين :
History of Political Philosophy, edited by Leo Strauss, Chicago 1963 p. 151 — 155.

ما يُروى عنه عظة الجبل[1] التى يرى المســيحيون أنها ، وما ماثلها ، نقلت التشريع فى المسيحية إلى طور جديد يخالف الشرعة القديمة (اليهودية) . وأورد الكتاب المسيحيون أمثلة لذلك منها أن شريعة موسى نهت عن القتل ، أما المسيح فقد ذهب إلى أبعد من ذلك ، فنهى عن التفكير فى الإساءة على العموم ، ورذّل الغضب والبغض واحتقار الغير فقال « قد سمعتم أنه قيل للأوّلين لا تقتل فإن مَن قتل يستوجب الدينونة . أما أنا فأقول لكم إن كل من غضب على أخيه يستوجب الدينونة » . ونهت شريعة موسى عن الزنى ، أما المسيح فقد نهى عن كل فكرة دلس تداعب الحسّ والخيال فقال « قد سمعتم أنه قيل للأوّلين لا تزن ، أما أنا فأقول لكم : إن كل من نظر إلى امرأة لكى يشتهيها فقد زنى بها فى قلبه » . وأباحت شريعة موسى الطلاق ، أما المسيح فأرجع الزواج إلى صرامته ونقائه ، فألغى الطلاق الذى ما سمح به موسى إلا لقساوة قلوب قومه ، وما سمح المسيح إلاّ بالهجر بشرط ألا يعقبه زواج جديد . وتساهلت شريعة موسى فغضت النظر عن الانتقام وسلّمت بسنّة العين بالعين ، أما المسيح فنصح بقبول الإهانة برباطة جأش ، فمن الحمق أن نردّ الكيل بالكيل ، وإنما الحكمة أن نبادل بالشر الخير ، فقال « سمعتم أنه قيل العين بالعين والسن بالسن ، أما أنا فأقول لكم : لا تقاوموا الشرير بل من لطمك على خدك الأيمن فحوّل له الأيسر[2] » . ونصت شريعة موسى على محبة الأحباء وبغض الأعداء ، أما المسيح فأضاف قوله « قد سمعتم أنه قيل . أحبب قريبك وأبغض عدوك . أما أنا فأقول لكم أحبّوا أعداءكم ، وأحسنوا إلى من يبغضكم ، وصلّوا لأجل من يعنتكم

(١) هاك مقتطفات منها : طوبى للمساكين بالروح فإن لهم ملكوت السموات — طوبى للودعاء فإنهم يرثون الأرض — طوبى للحزانى فإنهم يعزون — طوبى للجياع والعطاشى إلى البر فإنهم يشبعون — طوبى لأنقياء القلوب فإنهم يعاينون الله .

(٢) وقال أيضاً « من سخرك ميلا فامش معه ميلين » و « من أراد أن يخاصمك ويأخذ ثوبك ، فاترك له الرداء أيضاً » . وقال لتلاميذه « من أراد فيكم أن يكون أولا ، فليكن آخر الكل . . ومن أراد فيكم أن يكون سيداً ، فليكن عبداً للكل . . » و « من أراد أن يتبعنى ، فلينكر ذاته ، ويحمل صليبه ويتبعنى » . أنظر فى كل ما تقدم فى المتن والهامش ، إنجيــل متى ٥ : ٢١ و ٢٧ و ٣٣ — ٣٧ و ٣٩ و ٤٣ — ٤٤ . ومرقص ١٠ — ١٩ . ولوقا ١٦ : ١٩ — ٢٠ . وانظر الأب بولس إلياس ص ٢٢٥ — ٢٢٦ .

ويضطهدكم ، لتكونوا بنى أبيكم الذى فى السموات لأنه يطلع شمسه على الأشرار والصالحين ويمطر على الأبرار والظالمين » . واكتفى الإسرائيليون بإتمام واجبات العدل لينال الإنسان النجاة ، أما المسيح فأفهم الناس أن العدل وحده يُحجِّر القلوب إن لم تمازجه دفقة من محبة .

ومن الواضح أن هذا ليس تشريعاً جديداً عما كان فى شريعة موسى ، ولكنه تهذيب وتسامح ، وليس به تعديل فى التشريع إلا فى الطلاق . وقد اتضح لقادة المسيحيين : بعد عيسى بفترة قصيرة ، أن التشريع اليهودى شق على الأتباع الجدد وبخاصة من غير بنى إسرائيل ، وكان الختان من أهم ماشق على هؤلاء ، فأخذ المسيحيون يقللون من التكاليف والحرمات ، وحصروها فى الزنا ، وأكل المخنوق ، وأكل الدم ، وأكل ما ذبح للأوثان ، وأباحوا الخمر ولحم الخنزير والربا ، وهى محرمة فى التوراة . وتسلم الرؤساء الروحانيون تراث التشريع من الرسل ومن بولس ، الذى كان تارة يشرح ما رُوى عن عيسى ، وتارة يقترح من عنده هو[1] ، وظلوا يباشرونه حتى تم الاعتراف بالمسيحية ، فانتقل حق التشريع إلى المجامع التى لم تكتف بالتقنين حول أمور الدنيا ، بل راحت تخلق الآلهة وتقرر حق الغفران . ثم كان أن قرر مجمع رومة عام ١٨٦٩ عصمة البابا ، فانتقل حق التشريع إليه كرأس للكنيسة ، وعن طريقه تمتعت الكنيسة بهذا الحق[2] . وهكذا فإن المسيحيين عندما أثبتوا عصمة البابا ، انتقلت كل السلطة فى إصدار القرارات وتعيين المعتقدات والأحكام إلى حبر رومية الأعظم الجالس على كرسى الخلافة[3] ، وأصبح حكمه قطعيا . وهكذا باشرت الكنيسة سلطتها التشريعية ، ولا تزال تباشرها[4] .

---

(١) وكان الختان من أهم ما عنى بولس بإيقافه ، وطالما صرخ فى رسائله بقوله : ما هو نفع الختان ؟ أنظر مثلا رسالته إلى أهل رومية ٣ : ١ .

(٢) وقد نسب المسيحيون عصمة الكنيسة إلى عيسى . يقول الأب بولس إلياس « لقد خول السيد المسيح كنيسته عين السلطان الذى تلقاه من أبيه السماوى عندما قال لتلاميذه : كما أرسلنى الآب ، هكذا أنا أرسلكم – أنظر يسوع المسيح ص ١٨٨ و ١٩٠ .

(٣) أنظر الإنجيل والصليب للأستاذ عبد الأحد داود ص ٢٢ .

(٤) ومن القرارات الهامة التى اتخذتها حديثاً ، تبرئة اليهود من دم المسيح ، وهو قرار لعبت السياسة دوراً كبيراً لاتخاذه ، ويرى كثير من الباحثين أن عدداً من الكرادلة =

نماذج من التشريع المسيحى

١٩٨ – أهم العبادات عند المسيحيين الصوم والصلاة ، وتحديدها ليس متفقاً عليه . ويرى كثيرون من المسيحيين أن الانتظام فى الصوم والصلاة توجيه اختيارى لا إجبارى . ومن التشريعات حول الأسرة أن الأصل أن يترهب الناس رجالاً ونساء ، ولكن لما كان ذلك غير ممكن ، أجيز الزواج ، وكان تعدد الزوجات معمولاً به فى مطلع المسيحية تبعاً للتعدد الذى قالت به اليهودية ، بيد أنه للجمع بين اتجاه المسيحية للرهبنة[1] ، وبين ضرورة الزواج خوف الزنا ، أصبح الزواج مباحاً من واحدة فقط ، ولا يجوز الطلاق إلا فى حالة الزنا ، فإذا تم طلاق بسبب الزنا ، لا يجوز لأى من هذين الزوجين أن يتزوج مرة أخرى ، أما إذا كان الفراق بالموت فإن الحى يجوز له أن يتزوج . وهم فى مسألة الطلاق يخالفون اليهودية التى تجيزه بدون زنا . وهناك

= الذين اشتركوا فى تأييد هذا القرار ، ينحدرون من أصل يهودى ، وأنهم اعتنقوا المسيحية لغرض خدمة اليهودية .

– وقد يقال إن المسلمين يرون أن الله أنجى عيسى من اليهود ، فهم بذلك لم يقتلوه ، وهذا القول مردود ، ذلك أن اليهود لا يعترفون بأن شبيهاً لعيسى حل محله ، وعدم اعترافهم بذلك يتضمن اعترافهم بقتله أى بقتلهم له ، لأن هناك شخصاً قتل يقيناً ، ولكنه دأب اليهود يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون ببعض ، كما نص على ذلك الذكر الحكيم – سورة البقرة الآية ٨٥ .

– ويهتم المسيحيون بالنسل ويحاربون تحديده ، ومما ينسب إلى البابا بيوس الثانى عشر قوله : إن خصب الزواج شرط لسلامة الشعوب المسيحية ودليل على الإيمان بالله والثقة بعنايته الإلهية ومجلبة للأفراح العائلية – أنظر مجلة الوثائق الكاثوليكية العدد ١٢٧١ سنة ١٩٥٨ .

(١) نظام الرهبنة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس معترف به فى مصر .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى الرهبنة من غير طريق الميراث أو الوصية يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس حياته لخدمتها ، وأن ذلك لا يرجع إلى انعدام شخصية أو أهلية الراهب وإنما إلى أنه يعتبر طبقاً لقوانين الكنيسة نائباً عن البيعة فى تملكه لهذه الأموال ، وعلى ذلك يكون للراهب الحق فى أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى إليها ، ويكون للبيعة فى الحالة الأولى أن تتمسك بانصراف أثر العقد إليها ، ولايكون للمتعاقد مع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحاً مرتباً لكل آثاره – نقض ٢٠ يونية ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٢٠٢ ، نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٢٩١ ، نقض ٤ مايو ١٩٤٢ بمجموعة القواعد القانونية التى أصدرتها محكمة النقض فى ربع قرن جـ ١ ص ٣٤٢ .

حالة أخرى غير الزنا يجوز فيها الطلاق فى المسيحية : وتلك إذا كان أحد الزوجين غير مسيحى فيصح التفريق عند تهاجرهما وعدم الألفة بينهما .

أثر الدين فى قوانين البلاد الغربية

١٩٩ — يخلص لنا مما سبق أن الدين المسيحى لم يُعن فى أصله بمسائل التشريع اللهم إلا فى النادر القليل مثل مسألة الزواج والطلاق التى قال فيها الإنجيل إن ما يجمعه الله فلا يفرقه الإنسان ، ومن تزوج بمطلقة أخيه فقد زنا . وإنما عُنى هذا الدين بالروحانيات ، ولم يهتم بشئون الدنيا[1] . وإذ كان الدين المسيحى هو الذى يسود فى الدول الغربية ، فلا غرو أن يكون أثر الدين ضئيلاً فى قوانينها ، وإن كانت الكنيسة ، منتهزة فرصة ضعف الحكومة أوما يسمى بالسلطة الزمنية ، قد عمدت فيما بعد ، إلى تنظيم نفسها تنظيما كاملاً كما ذكرنا ، يغنيها ويغنى أتباعها عن الالتجاء إلى سلطة الدولة . فأصدرت إلى الناس عدة مراسيم Canons[2] تنظم بها أمورهم . وقد تكوّن من مجموع تلك المراسيم الكنسية ما يسمى بالقانون الكنسى Droit Canonique الذى لم يقتصر على تنظيم علاقات الأسرة ، وإنما تناول أيضا القواعد التى تحكم الخلافة بعد الموت عن طريق الميراث والوصية ، كما شمل المبادىء الأساسية التى تخضع لها العقود[3] . وقد كان القانون الكنسى يعتمد فى مصادره على القانون الرومانى والتشريع البابوى وفقه رجال الكنيسة ، ثم قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

٢٠٠ — ومنذ اعتراف الدولة الرومانية رسميا بالدين المسيحى ، أخذ القانون الكنسى ينافس القانون الرومانى ، فلما بدأ نفوذ الكنيسة يضمحل ، ضعف تبعاً لذلك القانون الكنسى بصورة تدريجية وذلك بازدياد نفوذ السلطة المدنية أو الحكومة التى أخذت قوانينها تحل محل القانون الكنسى حتى انتهى الأمر بفصل الكنيسة عن الدولة وزوال كل مالها من أثر فى خلق القانون . ولكن تلك القوانين تأثرت بالقانون الكنسى إلى حد كبير ، ونقلت عنه الشىء الكثير ، فتأثر به القانون الفرنسى القديم ، ونفذ التأثر من خلاله إلى التقنينات الفرنسية الحالية . وهكذا يمكن القول بأن القانون الكنسى يعتبر من المصادر التاريخية فقط للقانون الفرنسى الحديث[1] .

أما فى مصر ، فسترى حالاً أن القواعد القانونية المستخلصة من رجال الكنيسة ، لا تزال مطبقة بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية . ومن ثمة يعتبر الدين المسيحى ، أو بعبارة أدق ، الاجتهادُ الذى يدل على هدى من تعاليمه ، مصدراً أصليا مباشراً للقواعد القانونية المتصلة ببعض مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك بالنسبة للمسيحيين المتحدين فى الملة .

الدين الاسلامى

٢٠١ — من المعروف أن الشرع الإسلامى ، فى مفهومه الواسع ، يشمل مبحثين متميزين تميزاً واضحاً : أ — علم الكلام أو التوحيد . ب — الشريعة الإسلامية فى مفهومها التقنينى ، ويقصد بها ما شرعه الإسلام من قواعد قانونية .

ومن المعروف كذلك أن الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين : أ — العبادات ، وهى مجموعة القواعد المنظمة لالتزامات العبد فى مواجهة الرب . ب — المعاملات ، وهى مجموعة القواعد المنظمة لما ينشأ بين العباد من علاقات . أما دراسة النظرية العامة للدولة ، فلا تشكل مبحثا من مباحث الشريعة عند علماء القانون المسلمين ، وإنما يتعرض لها علماء السنة عادة بمناسبة البحث فى علم السياسة ، فى حين يعتبر الشيعة البحث فى الدولة الإسلامية ونظامها مبحثا كلاميا من مباحث علم التوحيد ، لأن الإمامة عندهم ركن من أركان العقيدة الإسلامية يلى فى الأهمية ركن الألوهية والنبوة .

---

(١) وهذا يؤكد أن المسيحية تكملة لأديان بنى إسرائيل ، فقد تركت لهذه الأديان كل مسائل التشريع أو أكثرها ، وقنعت بتوجيه كل العناية إلى الجانب الذى أهمله اليهود ، وهو جانب التسامح والزهد فى الدنيا والمسالمة والصلح وشراء محبة الناس بأى ثمن . كما أدخل المسيح مبدأ الاتضاع ، وانسحاق القلب ، قال : إن دعيت إلى وليمة ، فاجلس فى المتكأ الأخير — أنظر مقال البابا شنودة الثالث ، جريدة الأهرام ، عدد ٧ يناير ١٩٧٢ .

(٢) لفظ « قانون » فى اللغة العربية انتقل إلينا من اللفظ الفرنسى Canon الذى هو بدوره مشتق من الكلمة اليونانية Kanon — الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٣) الدكتور شمس الدين الوكيل ، مبادىء القانون ١٩٦٨ ص ١١٦ .

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢٢٧ .
— ومن ذلك بعض القواعد التى لا تزال سائدة فى نظام الزواج ، وبعض القواعد التى لا تزال تحكم العقود ، مثل مبدأ رضائية التعاقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين . فقد كان القانون الكنسى أبعد الأثر فى تخليص نشأة العقود من الطقوس والشكليات .

٢٠٢ — وقد اشتقت أحكام الشريعة من القرآن الكريم ومن سنة الرسول بقوله أو بفعله ، ثم أخذت هذه الأحكام والقواعد طريقها إلى النمو والاكتمال عن طريق الإجماع والقياس ، بحيث استطاعت لشمولها وكفايتها ، أن تسد حاجة البلاد الإسلامية خلال قرون طويلة ، فكانت الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي الوحيد للقواعد القانونية في القانون العام والقانون الخاص على السواء ، في عهد الرسول والخلفاء الراشدين . ولما تجمد الاجتهاد ، اتجهت أغلب البلاد الإسلامية إلى النظم الغربية الوضعية تستق منها قواعدها القانونية ، ومن ثم احتل التشريع مكان الصدارة بين مصادر القواعد القانونية في كثرة الدول الإسلامية ، ومن بينها مصر ، بعد أن ظلت الشريعة الإسلامية ، المصدر الرئيسي ، إن لم نقل الوحيد ، للقانون المصري بكل فروعه حتى القرن التاسع عشر ، كما بقيت أيضاً المصدر الرئيسي والوحيد بالنسبة للقانون العراقي بكل فروعه منذ الفتح الإسلامي وحتى ذلك القرن . وقد بذل واضعو القانون المدني العراقي جهداً في التنسيق بين الأحكام التي استقاها القانون من مصدريه الأساسيين : الشريعة الإسلامية ، والقوانين الغربية . ففي نظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها من النظريات العامة ، قرب القانون المدني بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، ووفق بين وجهات النظر المختلفة ، مما يسترجع كثير من التطبيقات من مجلة الأحكام العدلية ومن آثار فقهاء المسلمين بوجه عام ، ومن التقنينات الغربية على حد سواء[1] ، ومن قبل ذلك نهج المشرع المصري هذا النهج في القانون المدني الحالي[2] .

٢٠٣ — وإنه وإن توارت قواعد الشريعة الإسلامية ، في مصر والعراق وغيرهما ، عن المشاركة في تكوين جوهر بعض القواعد القانونية ، فإن هذا الدور لا يزال رئيسيا في بعض هذه القواعد مثل قواعد الميراث والوصية التي استقيت كلها من الشريعة الإسلامية[3] بينما كان أقل شأناً في قواعد المعاملات المالية ،

(١) الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي .

(٢) أنظر ما قلناه تفصيلا عن الشريعة الإسلامية في التمهيد الكتاب الأول ، ص ٢٠ وما بعدها ، وراجع كذلك التمهيد الكتاب الثاني — ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٣) هذا ولا تزال الشريعة الإسلامية في مصر مصدراً مباشراً أصليا ، كما ذكرنا ، في بعض مسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج . وقد مضت الإشارة إلى أن مبادىء الشريعة —

ومتعلماً ، أو يكاد ، في قواعد القانون الجنائي بصفة خاصة . هذا وتوجد قلةٌ من الدول ، مثل العربية السعودية واليمن ، تعتبرُ الشريعةَ الإسلامية مصدراً مباشراً أصليا لمختلف قواعد القانون العام والقانون الخاص .

وقبل أن نحددّ دور الدين كمصدر أصلي وخاص[1] في بعض مسائل الأحوال الشخصية ، لعله من المفيد أن نعرض لمدلول اصطلاح « الأحوال الشخصية » الذي يشمل ، في الاصطلاح الدارج ، ثلاث طوائف من المسائل وهي المتعلقة بالحالة[2] والأهلية والولاية على المال ، والمسائل المتصلة بالأسرة ، وأخيراً مسائل الميراث والوصايا .

المقصود بالأحوال الشخصية

١٠٤ — يذهب الدكتور أحمد سلامة[3] إلى أنه يمكن تحديدُ الأحوال الشخصية للوطنيين بأنها مجموعة المسائل التي تتعدد القواعد القانونية بالنسبة لها ، أو مجموعة المسائل التي يترك المشرع حكمها لقانون ديانة المتنازعين ، أي لقانونهم الشخصي . وهو يؤكد أن هذا التحديد أمره مرحلي ، بمعنى أنه سيختفي متى وحّد المشرع القواعد القانونية التي تحكم جميع العلاقات الوطنية

— الإسلامية تأتي في المرتبة الثالثة من مصادر القانون المدني المصري والعراقي ، وذلك بعد العرف ، فلا شك أن حظ الرجوع إليها يكون في العمل أكثر تواضعاً من العرف ، بل وإن إضافتها بين المصادر العامة قد أتت في المرحلة النهائية لإعداد مشروع القانون المدني المصري — أنظر الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول .

(١) المصدر الأصلي هو الذي نلجأ إليه مباشرة قبل غيره للبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق . والمصدر الخاص هو الذي يرجع إليه فقط في خصوص طائفة معينة من المسائل ، ولكن لا يعتمد عليه بالنسبة لسائر فروع القانون ، كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية ، والدين عموماً ، بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية ، كما سنوضح في المتن .

(٢) قضت محكمة النقض بأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية لا تكون إلا للأحكام التي تنشىء الحالة المدنية لا الأحكام التي تقررها والتي لا تكون لها إلا الحجية النسبية — نقض ٧ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢١٤ .

(٣) في مقاله « مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين » تعليقاً على مقال الدكتور صبير تناغو « اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء » . وقد نشر المقال الأخير في مجلة مصر المعاصرة ، السنة الثامنة والخمسون ، العدد ٣٣٠ ص ١٨٧ وما بعدها . ونشر المقال الأول في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة العاشرة ، العدد الأول ص ٥٥ وما بعدها .

غير المالية ، وحينئذ لن يكون لتحديد الأحوال الشخصية أىُّ فائدة فى نظام العلاقات الوطنية ، وإنما سيكون لهذا التحديد ، كما هو كائن ، كل الفائدة فى نظام العلاقات الأجنبية[1] .

ويرى الدكتور سمير عبد السيد تناغو أن تحديد الأحوال الشخصية على النحو السابق يمثل جزءاً من الحقيقة[2] . ولكن الحقيقة كلها هى أن الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب هى المنازعات التى كانت تختص بها المحاكم القنصلية دون المحاكم المختلطة وذلك قبل توقيع اتفاقية مونترو عام ١٩٣٧ ، وبالنسبة للمصريين هى المنازعات التى كانت تختص بها المحاكم الشرعية فيما يتعلق بالمسلمين ، والمجالس الملّية فيما يتعلق بغير المسلمين وتسرى عليها الشريعة الدينية لأطراف النزاع .

وبعد إلغاء الامتيازات الأجنبية وتوحيد جهات القضاء ، وتوحيد القانون فى معظم المسائل التى كان يصدق عليها هذا الاصطلاح ، لم يعد له مدلولٌ فى القانون المصرى الحديث ، كما لم تعد له أية فائدة عملية ، بل إنّ استعماله كفكرة مسندة فى التنازع الداخلى للشرائع قد يؤدى إلى مخالفة النظام القانونى فى مجموعه . ويصدق هذا القول بالنسبة للأجانب والمصريين على السواء :

(أ) بالنسبة للأجانب كان مدلول اصطلاح الأحوال الشخصية فى ظل الامتيازات الأجنبية هو الذى يحـدد اختصاص المحاكم القنصلية بنظر هذه المنازعات . وبعد توقيع اتفاقية مونترو لعام ١٩٣٧ أصبحت المحاكم المختلطة مختصة بنظر هذه المنازعات بالنسبة للأجانب ، إلا بالنسبة لأولئك الذين نصّت دولهم عند التوقيع على الاتفاقية المذكورة على بقاء اختصاص محاكمهم القنصلية بنظر منازعاتهم الشخصية . وقد ألغيت فى الوقت الحاضر المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة بإلغاء الامتيازات الأجنبية ، وأصبح الأجانب خاضعين للمحاكم الوطنية كالمصريين تماماً ، ولم يعد لهذا الاصطلاح أدنى أهمية لتحديد الاختصاص القضائى بالنسبة للأجانب ، فسواء تعلق النزاع

---

(١) مقال الدكتور أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٦١ .

(٢) أنظر مقاله « مرة أخرى اصطلاح الأحوال الشخصية » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٧٨٢ .

بالمال أو بالشخص فإن المحكمة الوطنية تكون هى المختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائى الدولى .

وبالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، فإن فكرة الأحوال الشخصية لم يستعملها المشرع المصرى كفكرة مسندة فى أى قاعدة من قواعد الإسناد يكون المشرع قد استخدم فيها الأحوال الشخصية كفكرة مسندة[1] .

(ب) وبالنسبة للمصريين فإنه لم تعد للاصطلاح أية قيمة فيما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائى .

وبالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المصريين ، فإنه من غير المفيد استخدامُ اصطلاح الأحوال الشخصية كفكرة مسندة فى حل التنازع الداخلى بين الشرائع ، لأن هذا الاصطلاح بحسب مدلوله الذى كان معروفاً فى مصر خلال تجربة قانونية وقضائية مدتها حوالى ثلاثة أرباع قرن من الزمان ، كان يشمل مسائل أصبح القانون فيها موحداً فى الوقت الحاضر . ولذلك إذا عرضت مسألة من هذه المسائل وقلنا إنها من الأحوال الشخصية ، وإنها لهذا السبب تخضع للقانون الدينى لأطراف النزاع ، فإننا نكون قد وصلنا إلى نتيجة مخالفة لحكم القانون إذا كانت هذه المسألة قد خضعت لقانون موحد بالنسبة للمصريين جميعاً كمسائل الأهلية والميراث والولاية على المال[2] .

رأينا

٢٠٥ – ونحن نذهب مع الدكتور سمير تناغو فى القول بأن القانون

---

(١) يكتفى الدكتور أحمد سلامه فى مقاله السابق بالقول بأن هذا الاصطلاح أهمية كبيرة لتحديد الاختصاص التشريعى من حيث تكييف العلاقة المعروضة . ولكن التكييف كما هو معروف يكون بإدخال العلاقة المعروضة فى فكرة مسندة من الأفكار التى وضعها المشرع فى قواعد الإسناد .

(٢) ويدعو كاتب المقال إلى إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر فى سنة ١٩٤٩ والتى نصت المادة الأولى من قانون إصدار قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على عدم إلغائه ، وذلك حتى لا تبقى ثاقلة فى تشريعنا فى الوقت الحاضر ، أحكام منقولة من الكتاب الخامس من قانون المرافعات المختلط بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وتوحيد إجراءات التقاضى وجهات التقاضى بالنسبة للمصريين جميعاً ، مما كان يتعين معه إخضاع الأجانب لنفس الإجراءات .

الدينى لأطراف النزاع ينطبق ، لا على الأحوال الشخصية ، ولكن على المسائل التى لم يصدر بشأنها قانون موحّد والتى أضحت مقصورة على علاقات الأسرة ، وذلك لأن فى استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية كفكرة مسندة فى التنازع الداخلى ، ما قد يؤدى إلى نتائج مضلِّلة تخالف أحكام القانون ، ولعل فى إلغاء المادة ١٣ من قانون نظام القضاء لعام ١٩٤٩[1] التى كانت تحدد مدلول اصطلاح الأحوال الشخصية ، خيرَ دليلٍ على أن هذا الاصطلاح أصبح مهجوراً من المشرع نفسه .

ولذلك فإننا ننادى بأن القانون الذى سيصدر بتنظيم الأسرة ، يجدر أن يسمى « قانون الأسرة » ، وليس « قانون الأحوال الشخصية » .

دور الدين كمصدر أصلى وخاص فى مسائل الأحوال الشخصية

٢٠٦ ـ أشرنا فيما سبق إلى أن التشريع تدخل فى غير القليل من مسائل الأحوال الشخصية ، فأصبح هو المصدر الأصلى بشأنها ، وفيما يلى بيان ذلك .

أولا – مسائل الأهلية والولاية على المال

كان يرجع فى هذه المسائل إلى القواعد الدينية التى تختلف وفقاً لديانة الشخص . فالمسلم يخضع للشريعة الإسلامية ، وغيره يخضع لشريعة الدين الذى يعتنقه .

ثم توحّدت قواعدُ الأهلية بالنسبة للمصريين كافة دون تفرقة بينهم بسبب الدين ، وذلك بموجب قواعد تشريعية انتظمها القانون المدنى .

كما توحّدت كذلك قواعدُ الولاية على المال فى عدة قوانين متعاقبة آخرها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو المعمول به حالياً .

وقد استُمدت هذه القواعد التشريعية من الشريعة الإسلاميّة بما يمكن معه القولُ بأن هذه الشريعة هى الأصلُ التاريخى لقواعد الأهلية والولاية على المال :

(١) ومن العجيب أن محكمة النقض فى الوقت الذى أوردت فيه المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ، الزوجة من بين المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية – تكيفها بأنها اتفاق ذو طابع مدنى يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف إليه إرادة عاقديه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها فيما لا مخالفة فيه للنظام العام (نقض ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ س ٣ ص ١١٨٧) .

قواعد الأهلية[1]

٢٠٧ ـ كان من العيوب البارزة فى التقنين المدنى المصرى الملغىّ ، أنه تقنين غير كامل . فقد خلا من قانون الأحوال الشخصية ، وهذا جزء هام فى كل تقنين مدنى . وقد قضت الظروف ألاّ يبرأ القانون المدنى الحالىّ من هذا العيب ، فلا يزال تقنينُ الأحوال الشخصية غير مستكمل لكل مسائله ، ثم هو لا يزال منفصلاً عن التقنين المدنى . وقد كان من الضرورى ، بعد أن خلا هذا الأخير من قانون الأحوال الشخصية ، أن يشتمل على بعض النصوص التى تتناول الشخص الطبيعى من حيث ابتداء الشخصية وانتهاؤها ، ومن حيث الخصائص التى تميز الشخصية الطبيعية ، ومن حيث الوسائل التى يتذرّع بها القانون لحماية الشخصية . وقد استحدث التقنين المدنى هذه النصوص ، وجدّد بنوع خاص فى ناحيتين ، إذ أوجب أن يتخذ كل شخص لنفسه لقباً يميزه ، ونصّ على حماية الحقوق الملازمة للشخصية حماية كاملة ، وإذ لم يكن ممكناً سدُّ ثغرة الأحوال الشخصية كاملة وقت وضع التقنين المدنى المصرى ، فقد كان مستطاعاً أن يُقتصر منها على الجزء الخاص بالأهلية والولاية والوصاية والقوامة ، وهو الجزء الذى كان يدخل فى اختصاص المجالس الحسبية ، فتراجع لائحة هذه المجالس ، وتفصل منها النصوص الموضوعية لتندمج فى هذا التقنين ، أما النصوص الخاصة بالإجراءات فتبقى منفصلة أو تندمج هى الأخرى فى تقنين المرافعات[2] .

(١) قضت محكمة النقض بأن النزاع حول بلوغ الخصم سن الرشد وقت تمثيله فى الدعوى أمام محكمة أول درجة بالولى الشرعى عنه هو مما يتعلق بانعدام صفة أحد الخصوم فى الدعوى وهو أمر لا شأن له بالنظام العام . وإذ لم يتمسك الخصم بالنزاع حول صفة خصمه أمام محكمة الموضوع وكان تحقيقه يخالطه واقع ، فإنه يكون سبباً جديداً لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض – نقض ٥ مارس ١٩٦٨ س ١٩ ص ٩٠١ ، نقض ٢١ فبراير ١٩٦٧ س ١٨ ص ٤١٨ ، نقض ٢٣ مايو ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٠٨٤ .

– كما قضت بأن « الأصل فى صحة انعقاد الخصومة أن يكون طرفاها أهلا للتقاضى وإلا قام مقامهم من يمثلهم قانوناً ، ومن واجب الخصم أن يراقب ما يطرأ على خصمه من وفاة أو تغيير فى الصفة أو الحالة حتى تأخذ الخصومة مجراها القانونى الصحيح » – نقض ١٩ يونيه ١٩٦٣ س ١٤ ص ٨٢٣ .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جـ ١ ص ٢١٩ .

وقد قُننت قواعدُ الأهلية وحدها ، وتوحّدت حتى تطبق على جميع المصريين من مسلمين وغير مسلمين ، بمقتضى قواعد تشريعية تضمنها القانونُ المدنى[١] . ومن أمثلة استمداد هذه القواعد من الشريعة الإسلامية ، النصُّ فى المادة (٣٠) على أن « تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدّة لذلك . فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلاّت ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى » . فالأصل أن شهادة الميلاد وشهادة الوفاة كافيتان للإثبات حتى يقيم ذو الشأن الدليل على عدم صحة ما أدرج فى السجلات ، فعندئذ يجوز إثبات الولادة والوفاة بجميع طرق الإثبات . كذلك يجوز إثباتهما بجميع الطرق إذا لم توجد شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة لأى سبب من الأسباب . وليس من الضرورى إثباتُ أن هاتين الشهادتين قد فقدتا ، بل يكفى ألا يوجدا حتى يُسمح لذى الشأن أن يثبت الولادة أو الوفاة بجميع الطرق . على أنه يلاحظ فى إباحة إثبات الولادة أو الوفاة بجميع الطرق ، أن قانون الأحوال الشخصية هو الذى يحدد قوة الإثبات للطرق المختلفة ، فتتبع أحكام الشريعة الإسلامية فى ثبوت النسب[٢] ، ومن أحكامها

(١) وذلك فى المواد من ٢٩ إلى ٥١ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن « الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه – بالعين أو بالسماع – بنفسه ، واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع ، منها النسب والنكاح ، أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحساناً ، إلا أنهم اختلفوا فى شروط تحمل الشهادة بها . فعن أبى حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار . وعلى هذا إذا « أخبره » رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول لا تحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر . وعند الصاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفى وتحل له الشهادة والفتوى على قولهما ، واشترطوا فى الإخبار ، هنا وعن المدلين ، أن يكون بلفظ « أشهد » كما قضت بأن « العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعياً على قيام الزوجية والفراش ، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعى الشهرة الشرعية الحقيقية أو الحكمية . فمن شهد رجلا وامرأة يسكنان فى موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته ، حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد ، وهذا عند الصاحبين . أما عند أبى حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهى ما تكون بالتواتر – نقض ٢٧ مارس ١٩٦٨ س ١٩ ص ٦١٤ .

فى ثبوت النسب ، القاعدةُ التى تقضى بأنه إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ، ثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا تثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا (م ٣٣٣ من قانون الأحوال الشخصية) ، ومن أحكامها أيضاً اللعان وما يتصل به من القواعد (م ٣٣٤ – ٤٤٠ من قانون الأحوال الشخصية) ، وكذلك القاعدة التى تقضى بأنه إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج ، تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدْلة ، كما لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر[١] (م ٣٤٨ من قانون الأحوال الشخصية) . والنص فى المادة (٤٠) على أن « الموطن هو الذى يقيم فيه الشخص عادة . ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » فالمشرع اختار فى شأن الموطن التصوير الذى يتمشى مع الحياة العملية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، فقد عرفت المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الموطن مستلهمةً أحكام الفقه الإسلامى فذكرت أنه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » .

قواعد الولاية على المال :

٢٠٨ – الولاية على المال عبارة عن سلطة أعطاها الشارع لأقرب الناس إلى المولى عليه يتصرف بمقتضاها فى مال الصغير ومن فى حكمه ناظراً لمصلحته ، وهو الأب ووصيه ووصى وصيه والجد ووصيه ووصى وصيه ، دون غيرهم . وقد ذكرنا فى الكتاب الأول أن الولاية على الصغير ومن فى حكمه إنما شُرعت محافظةً على حقوقهم على الناس ، وحقوق الناس عليهم ، لأنهم غير مخاطبين بأحكام الشريعة ، فلا بد من وجود ولى يتولى

(١) ومن طرق الإثبات التى تسمح بها القواعد العامة ، ما يعرف فى القانون الفرنسى بحيازة النسب **Possession d'état** فيعرف الولد أمام الناس وبين أفراد الأسرة منسوباً لأمه وأبيه معترفاً له بهذا النسب من الجميع ، فهذه قرينة كافية لإثبات النسب ما لم يقم ذو الشأن الدليل على العكس . وفى التقنين الفرنسى (م ٣٢٢) إذا تأيدت شهادة الميلاد بحيازة النسب صارت القرينة قاطعة لا يقبل الدليل على عكسها .

عنهم المحافظة على حقوقهم ، وأداء حقوق الناس التي تلزمهم ، وهذا أمر ضروري لاستقرار النظام في المجتمع .

والأموال قد جعلها الله للناس قواماً ، وقد نبه الله سبحانه إلى هذا بقوله « ولا تؤتوا السّفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » ، ومن هنا كان لا مندوحة من الولاية على المال لمن لم يكن رشيداً ، فإذا رشد ، ارتفعت الولاية عن المال كما ترتفع عن النفس ، لأنه بذلك يكون قد وصل إلى مرتبة التكليف[1] .

٢٠٩ — وقد بينت المادة (٦٥) من قانون الولاية على المال الصادر في سنة ١٩٥٢ برقم ١١٩ أنواع المحجور عليهم إذ قالت « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسّفه أو للغفلة »[2] ، وبذلك تكون قد جرت على

(١) ولمحاكم الأحوال الشخصية في مواد الحساب بين عديم الأهلية والنائب عنه اختصاص أصيل في نظر الحساب تنفرد به ، مانع لأي جهة أخرى من نظره ، فلها في سبيل الفصل في الحساب الذي يقدمه النائب عن عديم الأهلية ما لأي محكمة مدنية عند النظر في حساب يقدمه وكيل عن موكله ، وأنه متى بلغ القاصر سن الرشد فلا يكون لمحكمة الأحوال الشخصية ولاية إلا في بحث ما قدم لها من حساب عن مدة سابقة على انتهاء الوصاية . هذا والقرار الصادر بحفظ مادة الحساب المعروضة على المحكمة لعدم وجود قصر — لبلوغهم سن الرشد — لا يعد قضاء فاصلا في الحساب المقدم من الطاعن عن مدة وصايته على القصر يمنع من العودة إلى الفصل في تلك المادة ، بل هو قرار ولائي لا يمس الحساب الذي بقي معلقاً لم يقض فيه ، وهو بهذه المثابة يجوز العدول عنه . وإذ عدلت المحكمة عنه عندما أعملت نص المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات وعادت إلى نظر الحساب بناء على طلب ذوي الشأن ، وأصدرت قرارها بنتيجة فحصه وبتسليم الأموال التي كانت تحت يد الطاعن إلى القصر الذين بلغوا سن الرشد ، فإن القرار يكون قد صدر من محكمة في حدود ولايتها — نقض ١٤ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٩٧ .

(٢) السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل .

وقد نصت محكمة النقض بأن « تصرف الإنسان في كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة في تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن مثل هذا التصرف إتلاف المال في مفسدة ، بل إن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به ، إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته كلا أو بعضاً لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته عما عساه قد يؤول إليهم » وأنه « ليس في خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ماينبيء عن استغلال =

المختار من مذهب الحنفية ، كما نصت على عدم عودة الولاية إلا إذا عاد السبب إذ قالت « ولا يرفع الحجر إلا بحكم » ، ثم بيّنت من الذي يكون قيا فقالت « وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيا لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون » . فالقانون هنا يرى رأي الجمهور بالنسبة لعودة الولاية على من عرض له الجنون أو السفه أو الغفلة أو العته[1] ، ولكنه جعلها لمن تقيمه المحكمة . ومن حيث إن القانون جعل الحكم هكذا إذا انتهت الولاية ، يلزمنا أن نعرف متى تنتهي الولاية ؟ قد نصت (المادة (١٨) على أن انتهاء الولاية يكون ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة — قبل بلوغه هذه السن — باستمرار الولاية عليه . ومن المعلوم أنها إنما تقضي باستمرار هذه الولاية عليه إذا بلغ هذه السن مجنوناً أو معتوهاً ، لأن المحكمة إنما تنظر في هــذا الأمر وتحكم فيه إذا رفع إليها خوفاً من انتهاء الولاية وهو بهذه الحال فيترتب على انتهائها إضرارٌ به . وما من شك في أن هذا يرفع إليها إذا لحظ أولياؤه عليه هذا الاعوجاج قبيل سن الحادية والعشرين . واستمرار الولاية للولي — وهو بهذه الحال — هو ما قال به جميع الفقهاء في المجنون والمعتوه ، وأكثرهم في الســفيه والمغفل . وإن كانوا يجعلون السن التي ينظر قبها ذلك هو سنّ البلوغ ، مع اختلافهم في هذه السنّ وأكثرهم على أنها خمس عشرة سنة ، وبعضهم جعلها سبع عشرة سنة ، ولم يجعلها إحدى وعشرين سنة أحد ، وإن كان بعض أصحاب داود الظاهري جعلها ثماني عشرة سنة . والجارية مثل الغلام في ذلك إلا فيما روى عن أبي

= أو تسلط لأن تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتدفع إليه الغريزة . كما أن تصرفاته التبرعية لهم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة ، لأن الغفلة هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير » — نقض ٢٠ يونيه ١٩٥٧ س ٨ ص ٦١٩ .

— هذا وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن قرارات الحجر للسفه لا تسري إلا من وقت صدورها ولا تنعطف على التصرفات السابقة إلا إذا كانت قد حصلت بطريق التواطؤ والغش — نقض ٢٥ يناير ١٩٥٦ س ٧ .

(١) قضت محكمة النقض بأن صدور التصرف قبل تسجيل قرار الحجر لا يمنع طبقاً للمادة (١١٤) من القانون المدني من الحكم ببطلانه إذا كانت حالة العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها — نقض ٧ نوفمبر ١٩٦٣ س ١٤ ص ١٠٢٣ .

حنيفة أنه جعلها ~ الغلام سبع عشرة سنة ، وفى الجارية ثمانى عشرة سنة . فهو الذى خالف بينهما فى هذه الرواية عنه .

أما قانون الولاية على المال الصادر فى سنة ١٩٥٢ برقم ١١٩ فإنه قد جعل الولاية للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد أوصى إلى أحد ، أما إذا كان قد أوصى لأحد فإنه يكون مقدماً على الجد متى ثبته المحكمة فى الوصاية ؛ فالقانون هنا أخذ برأى الأحناف من حيث تقديم وصى الأب على الجد ، لأن واضعيه قد رأوا كما رأى الأحناف أن الأب أعلم بمصالح ابنه ، وبما ينتظر له إذا ولّى جده عليه ، ولولا أنه يرى فى الوصى الذى اختاره إصلاحاً لحال ابنه أكثر من الجد ما اختاره . ولكن واضعى القانون لم يأخذوا برأى الأحناف من كل وجه ، لأنهم اشترطوا فى جعل الوصى مقدماً على الجد أن تثبته المحكمة . أما إذا لم تثبته فإن الولاية حينئذ تكون للجد ، ولا يكون للمحكمة فى هذه الحال أن تعين وصياً يتقدم على الجد ، اللهم إلا إذا كان الجد فاقد الأهلية للولاية . وهذا هو ما تقضى به المادة ٣٢ من هذا القانون ، فإنها اشترطت فى تعيين الوصى المؤقت الذى يعين عند الحكم بوقف الولاية ألا يكون للقاصر ولى آخر . وهذا يفيد أن ولاية الولى — ولو كان جداً — مقدمة على ولاية الوصى الذى تعينه المحكمة ، وعلى هذا لو كان الجد موجوداً حينما تحكم المحكمة بوقف ولاية الأب تنتقل الولاية للجد ، ولا تعين المحكمة وصياً مؤقتاً على القاصر . ومما يؤيد هذا المعنى ما نصت عليه المادة ٤٧ من أن الولاية للوصى الذى تعينه المحكمة تنتهى بعودة الولاية للولى .

٢١٠ — ومن حيث عموم الولاية بجميع أموال المولى عليه فإن أحكام الفقه الإسلامى تجعلها عامة فى جميع أموال المولى عليه . فلا يخرج مال له عن ولايته ، وليس فى هذا خلاف بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم . أما قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد فصل فى ذلك ، فإن المادة (٣) منه قد أخرجت من ذلك ما يتملكه القاصر بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك ، وقد لاحظ القانون فى هذا تنفيذ إرادة المتبرع التى ربما يكون هدفه منها هو جعل المال المتبرع به بعيداً عن ولاية الولى لاعتبارات رآها ، وجعلها أساساً لتبرعه ، وليس من مصلحة المولى عليه إهمال هذه الإرادة ،

لأن إهمالها يجعل ولاية الولى عامة ، وهذا ربما يترتب عليه حرمان الصغير من مثل هذا التبرع الذى ربما يتبرع به شخص آخر لو لم تهدر إرادة من يتبرع للمولى عليه .

٢١١ — وقد نصت المادة (٧) من القانون على أنه « ١ — لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ٣٠٠ جنيه إلا بإذن من المحكمة .

٢ — ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » .

وإذا نظرنا إلى هذا النص نجد أنه قد سلب — فى الفقرة الأولى — الأب الحق الذى أعطته له الأحكام الفقهية من حرية التصرف فى العقار كما هو فى المنقول ، وكذا حرية التصرف فى التجارة لموليه بإنمائها أو بيعها ، وفى الأوراق المالية ببيع ونحوه ، متى كانت القيمة تزيد على ٣٠٠ جنيه . وهنا نسأل ، هل عبارة الفقرة ، « إذا زادت قيمتها عن ٣٠٠ جنيه » راجعة للأوراق المالية فقط ، فيكون مقتضى هذا أنه ممنوع من التصرف فى العقار والمحل التجارى مهما كانت قيمتها . أما الأوراق المالية فانه لا يمنع من التصرف فيها إلا إذا بلغت قيمتها ٣٠٠ جنيه . أو أن هذا الشرط راجع إلى الجميع فيكون منع التصرف قاصراً على ما إذا بلغت قيمة كل من هذه الأشياء ٣٠٠ جنيه ؟ والذى نراه تفسيراً صحيحاً هو المعنى الثانى فيكون مبيناً لما أبهم فى المادة . ولكن الفقرة الثانية من المادة قد جبرت النقص الذى أدخل على الأب فى الفقرة الأولى بجعل تصرفه مقيداً بهذا الحد فألزمت المحكمة بأن تصرح له بما يطلب من الإذن فى التصرف إلا فى حالتين :

الأولى — أن يكون ذلك التصرف الذى يطلبه الأب يجعل مال القاصر فى خطر ، وتقدير هذا لم ترسم الفقرة طريقه ، ومعنى هذا أنه مفوض للمحكمة .

الثانية — أن يكون ذلك فيه غبن يزيد على خمس القيمة . ومعنى هذا أن المشرع جعل الغبن الفاحش يتحدد بما هو أكثر من خمس القيمة . وكان الأفضل أن يترك هذا التقدير إلى الخبراء الموثوق بهم ، وربما يكون الخمس

فى بعض الأحيان يمكن التجاوز عنه بحسب حال اقتصادية سائدة ، فى حين أنه يعد كثيراً لا يهمل أمره فى حال أخرى . والظاهر أن تحديد قيمة الغبن بالخمس لا أزيد منه بسط سلطانه على التشريع الوضعى بما اقتنع به المقننون الوضعيون . فقد جاء فى المادة ٤٢٥ من القانون المدنى ما نصه :

١ — إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢ — ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

ونحن إذا نظرنا إلى هذا النص نجده ينظر إلى أن بيع العقار قد ارتكب فيه غبن لا يتسامح فيه . وهذا هو شأن الغبن الفاحش ، كما أنه لم يحدد البائع ، فاستوى أن يكون أبا للقاصر ، أو من فقدت أهليته من البالغين ، ولم يكن البائع عارفاً بهذا الغبن ، أو عارفاً ولكنه تصرف لغرض خفى قد يكون فى غير مصلحة فاقد الأهلية ، واحتياطاً لمصلحة فاقد الأهلية قد جعل المشرع للبائع أن يطلب هذه التكملة إذا لم يتقادم العهد على البيع ، وقد حددت المادة ٤٢٦ هذا التقادم مع رعاية عدم الإضرار بالغير . فقد جاء نصها كما يلى :

١ — تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية ، أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار .

٢ — ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع .

وهنا يجب النظر فى ناحيتين :

الأولى — جعل قانون الولاية رفع الدعوى من البائع ، فالقاصر لا يرفعها بعد الأهلية لأنه ليس ببائع .

الثانية — هل يلزم تجديد عقد البيع بعد تكميل ثمن المثل : أو يكفى العقد الأول . ومقارنة ذلك بأحكام الفقه الإسلامى .

أما من الناحية الأولى ، فإن القول بأن القانون وقد جعل فى المادة ٤٢٥ رفع الدعوى من البائع ، مقتضاه أن فاقد الأهلية الذى باع عنه أبوه إذا

تحققت أهليته قبل ثلاث سنوات لا يصح له أن يرفع هذه الدعوى ، مردودٌ ، لأن البائع فى الحقيقة هو فاقد الأهلية وإن كان الأب هو الذى باع ، لأن الأب نائب عنه ويبيع باسمه ، ولو أنه لم يذكر عند عقد البيع أنه باع باسمه أو ما يدل على ذلك يكون ملزماً بالخسارة . فالبائع فى الحقيقة هو القاصر أو من فى حكمه . وما دام بائعاً فإن له أن يرفع الدعوى بعد توافر الأهلية فى حدود الزمن المذكور فى المادة ٤٢٦ .

أما الناحية الثانية — فإن قانون الولاية على المال فى المادة ٧ التى ذكرناها سابقاً يقول : « لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى .. » ، ومعنى عدم الجواز هو عدم الصحة . وكان مقتضى هذا أنه إذا حصل البيع كان فاسداً ، وعليه يلزم أن يوجد عقد جديد عند تكميل الثمن إلى ثمن المثل . ولكن بمقارنة هذه المادة بما جاء فى القانون المدنى : من أنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وفيه غبن أكثر من الخمس يكون للبائع المطالبة بتكميل الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ، يقتضى أن العقد يكون صحيحاً ، ولكنه لا يكون نافذاً حتى يكمل إلى الأربعة الأخماس . فإذا كمل الثمن أجازته المحكمة دون الحاجة إلى تجديد العقد .

ومقارنة هذا بأحكام الفقه الإسلامى تعطينا أنه لا يتفق معها ، لأنها تقضى بأن يجدد العقد ، إلا عند الشيعة الإمامية ، فإنهم ذهبوا إلى جواز العقد وتوقف نفاذه على إجازة الصغير بعد توافر الأهلية بالبلوغ والرشد .

٢١٢ — وإذا نظرنا إلى ما جاء فى قانون الولاية على المال كذلك ، نجد أنه قد جعل للولى حق إدارة أموال الصغير ومن فى حكمه واستثمارها ورعايتها والتصرف فيها مع تقييده بما قرره القانون من أحكام وقيود . ومن هنا يتبين لنا أنه يكون للولى كل التصرفات التى أجازها له الفقهاء ما لم يمنعه منها القانون . والقانون قد منعه من بعض هذه التصرفات ما لم تأذنه المحكمة به . وهذا ما يؤخذ من نص المواد ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

ونص المادة (٦) هو : « لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » . فهذه المادة كما نرى قيدته فى بيع العقار بأن يكون لغير أقاربه الأدنين إلى الدرجة الرابعة ولا أن يكون لزوجه مع أنه كان

مطلق التصرف فى هذا على رأى بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر كالشافعية ما لم تكن هناك حاجة ملحة . ولم تمس بيع المنقول بشىء ، وكذلك منعته من رهن عقار الصغير لدين على نفسه(١) ، مع أنه كان جائزاً له على مذهب بعض الفقهاء ، وغير جائز على مذهب أبى يوسف وزفر وبعض آخر من الفقهاء . والفتوى على الأول ، فكان له أن يفعل ذلك ، ولكن القانون منعه منه .

أما نص المادة (٧) فهو « لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة » ،

(١) قضت محكمة النقض بأنه « إذ أورد المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذى نظم أحكام الولاية على المال فى المواد ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ قيوداً يرد بعضها على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر ، ويرد البعض الآخر على حقه فى إدارة هذا المال وذلك حماية لمصالح الصغير ، وكانت المادة السادسة قد نصت على أنه « لا يجوز . . . » ونصت المادة الثالثة عشرة على أنه « لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً . ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » ، وكان قد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون تعليقاً على هذه المادة أنه « قد رؤى من الإسراف إخضاع الولى للقيود المتقدم ذكرها فيما يتعلق بالتصرف فى المال الذى يكون الولى نفسه قد تبرع به للقاصر سواء أكان التبرع سافراً أم مستتراً ، فنصت المادة الثالثة عشرة على أن القيود المنصوص عليها فى هذا القانون لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التصرف أو مستتراً ، وأن الأب لا يلزم بتقديم حساب عن هذا المال . والمقصود بهذا النص إعفاء الولى من إجراءات الحصول على إذن من المحكمة حيث تشترط الإذن لجواز التصرف وإعفاؤه كذلك من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وبتقديم الحساب والمسئولية عنه التجهيل » ، وإذ ورد نص المادة الثالثة عشرة سالف البيان عاما مطلقا من أى تحديد ولم يخصص القيود التى نص على عدم سريانها ولم يقصرها على قيود الإشراف والرقابة وأعفى الأب — على ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى تفسيرها هذا النص — من الالتزام بتقديم الحساب ومن الالتزام بالجرد فى الحالة التى يكون فيها المال قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه ، فإن مفاد ذلك كله أن جميع القيود الواردة فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر أو فى إدارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود إشراف ورقابة أو قيود حظر موضوعية ، لا تسرى على ما يكون الولى الأب قد تبرع به من مال القاصر صريحاً كان هذا التبرع أو مستتراً ، ويكون للولى التصرف فى هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه فى دين على الولى نفسه وذلك دون أى قيد على سلطته فى هذا الخصوص» نقض ٣١ ديسمبر ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٦٠٠ .

فمنعته من كل هذه التصرفات إذا زادت القيمة على المبلغ المذكور إلا بإذن المحكمة ، مع أنه كان له ذلك دون استئذان من الحاكم ما دامت مصلحة الصغير فى ذلك ، على المعتمد من آراء الفقهاء ، ولكن القانون ، مع هذا ، قد ألزم المحكمة بموافقة طلبه فى ذلك ما لم يظهر لها تعرض مال الصغير للخطر ، وهذا متروك لتقدير المحكمة . وكذلك منع منه إذا كان فيه غبن يزيد على الخمس .

وأما نص المادة (٨) فهو « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال الموروث ، فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها » . فهذه المادة تحد من سلطة الأب إذا آل إلى ابنه القاصر مال من مورث قريب له كأم ، أو أخ لأم متى أوصى هذا المتوفى بعدم تصرف ولى الصغير فيما يرثه منه . مع أنه كان له سلطة مطلقة فى التصرف المشروع فى هذا المال ، ولكن القانون حد من هذه السلطة إجابة لرغبة المورث ، إذ ربما كان يعلم من شأن هذا الولى ما جعله يوصى بما أوصى به ، كما راعى القانون إجابة رغبة المتبرع فى عدم ولاية الأب على ما تبرع به .

وأما نص المادة (٩) فهو « لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة » . وهو فى هذا يتفق مع رأى بعض الفقهاء ، ولكن القانون فى المادة ٤٣ منه أوجب على الولى إيداع أموال القاصر فى إحدى خزائن المحكمة ، أو أحد المصارف . والظاهر من ذلك أنه اعتبر هذا إيداعا لا قرضا ، وقد بين أنه فى الحقيقة قرض لا إيداع ، نظراً إلى تصرف المصارف فى هذا المال وعدم الاحتفاظ بعينه ، ورد مثله عند الطلب .

وأما نص المادة (٢٠) فهو « لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة » ، وقد كان له ذلك ، مع جواز أن يفسخ الصغير العقد عند بلوغه إذا كانت المصلحة فى ذلك .

وأما نص المادة (١١) « فهو لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة ، وفى حدود هذا الأذن » ، وقد كان ذلك غير ممنوع منه .

ومن هنا نعلم أن القانون قد قيد تصرفات الأب بقيود ومنعه من بعض التصرفات بتاتا كالإقراض ، وقد كان فى الممنوعات متفقا مع آراء بعض

الفقهاء ، أما التقييد فليس فيما قيّد فيه متفقا مع رأى من آراء الفقهاء ، اللهم إلا إذا قلنا إن بعض هذه الآراء منعها ما لم تدع الحاجة إلى ذلك أو تدعو المصلحة إليه ، فأراد المشرعون أن تتحقق هذه الحاجة أو هذه المصلحة ، وأن يشترك القاضى فى وزن مقدار تحققها أو صلاح التصرف . على أن للأب التصرف فى مال الصغير — بعد استثناء ما ورد به التقييد أو المنع فى القانون — بما أجازه له فقهاء الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب خاص ما دامت المصلحة فى ذلك ، لأن المناط عندهم جميعا تحقق المصلحة ، وغاية الأمر أنهم قد يختلفون فى بعض التصرفات بناء على تحقق المصلحة فيه أولا ، أو فى الأخذ بالقياس والاستحسان تبعا لتحقق المصلحة .

٢١٣ — وقد مرّ بنا أن الأساس فى تصرف الولى فى مال موليه لا بد أن يتحقق فيه النظر له ، ورعاية مصلحته . وعلى هذا لا يصح له أن يتبرع بشىء من مال موليه ، لأن التبرع انتقاص من ماله دون مقابل ، وفى هذا ضرر له ، وليس للولى ولاية فيما هو ضار بالمولى عليه . وكذلك لا يجوز له أن يهب شيئا من ماله دون عوض باتفاق الفقهاء ، للأساس المتقدم . أما إذا كانت الهبة بعوض فقد حصل فيها خلاف . فقال بعضهم لا تجوز ، لأنها تبرع ابتداء وإن كانت معاوضة انتهاء، وكونها فى الابتداء تبرعا يمنع من إتمام العقد من الولى ، وبهذا أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف . وقال بعضهم تجوز ، لأنها فى الواقع مبادلة مال بمال ، وهى مع هذا إما مبادلة انتهاء كما هو رأى محمد وأبى حنيفة وأبى يوسف وإما مبادلة ابتداء وانتهاء كما هو رأى زفر . ومادامت المبادلة قد تحققت بعد تمام العقد فلا ضرر على المولى عليه . ولكنه يلزم أن يكون العوض مساويا ، حتى يتحقق بذلك حظ القاصر . وهذا هو الراجح .

وكذلك لا يجوز ما كان فى معنى الهبة كالتنازل عن حق أو دين له كلا أو بعضا ، إلا إذا كان هذا الدين قد لزم نتيجة لعقد عقده الأب ، فإنه يصح عند بعضهم ، ويكون الأب ضامنا شأنه شأن الوكيل فى بيع إذا أبرأ المشترى من الثمن ، فإن العقد وجد ما ينفذ عليه وهو الوكيل ، ويكون الوكيل ضامنا للموكل فيما أبرأه ، لأن الوكيل من الموكل بمنزلة المشترى من البائع ، فيكون كأنه التزم بالثمن له ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء منه .

وكذلك لا يجوز له إعارتها ، لأن الإعارة تتضمن التبرع بمنافع العين المعارة فضلا عن أن فيها تعريض العين المعارة للضياع ، كالوديعة ، وذلك بخروجها من يد حافظة لها مأمونة عليها — لا يخشى منها ضياع مال القاصر إلى يد لا ضمان عليها إلا إذا هلكت بالتعدى أو التقصير فى الحفظ ، ولكن بعض الفقهاء أجازها استحسانا ، وقد نظر فى هذا إلى أن المنافع ليست بمال ، فالتبرع بها ليس فيه نقص لمال الصغير ، وقد تدعو إليها الحاجة ، والحاجة أمر يتناول كل الناس ومنهم الصغير ، فقد تدعو حاجة القاصر إلى استعارة مال لغيره ، ولا يعيره هذا الغير إلا إذا كان هو يعيره أيضا . وفى جواز هذا تبادل المنافع المندوب إليه فى قوله « وتعاونوا على البر والتقوى » .

ومما تقدم يتضح أن التبرع الذى يؤدى إلى ضياع شىء من مال الصغير على أى وجه كان لا يجوز ، ولو كان لعمل خيرى ، ولكن قانون الولاية على المال قد أجاز التبرع من مال الصغير فى بعض الأحوال ، وهو فى هذا يخالف ما عليه جميع الفقهاء . فقد نصت المادة (٥) منه على ما يأتى : « لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى ، أو عائلى وبإذن المحكمة » . فهذه المادة جمعت أمرين يصح التبرع فيهما : واجب إنسانى ، وواجب عائلى . والذى يظهر فيه التبرع هنا هو الواجب الإنسانى . أما الواجب العائلى فإنه يكون واجبا فقهيا إذا كان أداء نفقة من تجب على الصغير نفقته كنفقة أمه الفقيرة ، أو أبيه الفقير . وهذا ليس من باب التبرعات . أما إذا كان معاونة لبعض أفراد عائلته فيما نزل به من كارثة فإن هذا هو الذى يعتبر تبرعا ، وليس للولى — فهما — أن يساهم فيه من مال الصغير ، لأن ولايته ولاية أداء ، وهو لا يؤدى إلا ما يجب على الصغير .

ولكن النظر إلى مصلحة الصغير ، وإن كان فى الماضى — يقتضى توفير مال الصغير — فإنه يجب أن يتطور هذا النظر الآن فيتسع لما هو أجدى على الصغير من توفير المال ، فيحسن أن نقول : إن التعاون بين أفراد المجتمع يتطلب أمورا تكون أشبه بالحقوق التى تلزم كل فرد منها بالتبرعات . وإذا كانت الضرائب وغيرها تلزم فى مال الصغير لأنها تنفق فى صالح المجتمع فينبغى أن يكون العمل الإنسانى مما يصح مساهمة مال الصغير فيه . وفى تقييد ذلك بإذن القضاء ضمان لعدم الحيف بالصغير واستغلاله . وإذا كان الصغير يتمتع

بما يدفعه غيره من مال ، فالواجب أن يساهم فيما يحتاج إليه المجتمع من ماله . وليس مما يلائم الحال الاجتماعية فى مجتمع يسير فى طريق الرقى أن يتمتع الصغير بما يعطيه غيره من مال فى سبيل هذا التطور دون أن يساهم هو فيه أيضا بشىء من ماله ، وهذا المعنى كما بينا لا يجافى روح الشريعة ، فجرّ الصغير للإسهام فى ذلك تطويرٌ للمجتمع ليلحق بمبادىء الشريعة . ولا سيما أن فى هذا تمريناً للصغير على البذل والعطاء المشروع ، وقد حثت الشريعة تعويد الصغار على الأخذ بمبادئها ، فقد روى فى شأن تعويدهم على الصلاة : « مروهم بها لسبع ، واضربوهم عليها لعشر » . مع أنهم لم يصلوا لسن التكليف بعد .

٢١٤ — وتعرّض قانون الولاية على المال إلى إقامة وصيّين فى المادة (٣٠) ونصها : « يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد[1] ، وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم فى قرار تعيينه ، أو فى قرار لاحق ، ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر . وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع » .

فيؤخذ من هذه المادة أن كلا من الوصيين أو الأوصياء له أن ينفرد بما يتمحّض نفعا للقاصر ، وبما تقضى الضرورة بإنفاذه بصفة عاجلة كتجهيز الميت ، وكذلك بما يخشى من تأخيره الضرر كبيع ما يوشك أن يتلف كقمح ظهر فيه مبـــدأ التسوس ، أو شتل خضروات يخشى فوات أوان زرعها ، إلى غير ذلك مما يخشى عليه من التأخير . وهو فى هذا يتفق مع رأى أبى حنيفة ومن ذهب مذهبه . وعند اختلافهما — والحال ألا ضرورة — يرفع الأمر إلى المحكمة لتقضى فيما بينهما من خلاف .

٢١٥ — وقد تعرض أيضا لتعين وصىّ خاص فى المواد : ٣١، ٣٢،

(١) لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التى يحلفها الوصى فى حق القاصر إذ أن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التى لا يجوز له مباشرتها — نقض ١٢ ابريل ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٥٥ .

— هذا والتصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر — مثل التصرف بالبيع — قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، كما هو حكم المادة (١١١) مدنى . ومن ثم فإن القاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً . كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق —

٣٣ فقد نصت المادة ٣١ على ما يأتى : « وتقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته ، وذلك فى الأحوال الآتية :

ا — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى ، أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

ب — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

ج — إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر والموصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب) .

د — إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألاّ يتولى الولى إدارة المال .

هـ — إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

و — إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ونصت المادة (٣٢) على أن : « تقيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر . وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته » .

ونصت المادة (٣٣) على أن : « يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال » .

والقانون فى هذه الأحوال التى ذكرت فى هذه المواد يأخذ بمذهب ممـــا ذهب إليه الفقهاء ، ولا سيما فقهاء الحنفية ، فقد نص الفقهاء على أنه إذا كان الوصى عدلا غير كاف لا ينبغى للقاضى عزله ، ويضم إليه مشرفا مرضى السيرة مهتديا فى التجارة ، أو يضم إليه وصيا آخر عدلا كافياً ،

— التى كانت للسلفه . وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته — نقض ٢٧ فبراير ١٩٥٨ س ٩ ص ١٦١ .

— وما ورد فى المادتين (١٣و٣٩) من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من وجوب استئذان الوصى محكمة الأحوال الشخصية فى رفع الدعاوى والطعن على الأحكام بطرق الطعن العادية وغير العادية ليس شرطاً لقبول الدعوى أو الطعن ، إنما هو إجراء مقرر لمصلحة ناقص الأهلية ، ولا يحق لخصومه التمسك بهذا الإجراء . وتسرى هذه القاعدة على وصى الخصومة الذى أطلق قرار تنصيبه — نقض ١٨ مايو ١٩٥٧ س ٨ ص ١٠٥٤ .

وعللوا ذلك بأن تمام النظر فيه[1] . وعلة تمام النظر للصغير تتحقق فى كل ما جاء فى هذه المواد ، فتكون المواد قد أثبتت على ما جعله الفقهاء علة لإقامة مثل هذا الوصى ، أو بمبدأ لا يتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية كتعيينه وصيا لما تبرع به متبرع شرط أن يكون له وصى غير الولى وإن كان أبا ، لأن من مبادىء الشريعة : ألا ضرر . والطفل يضار بعدم إجابة المتبرع إلى طلبه .

وتنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة بانتهاء العمل الذى عين لمباشرته ، أو بانتهاء المدة التى حددت لوصايته . ومن المقرر أن الوصى يصح تخصيصه بالزمان ونوع العمل والأعيان .

٢١٦ – بقى أن نتكلم عن نوع من الأوصياء هو وصى الوصى . والفقهاء حيال هذا اختلفوا : فقال الأحناف إن وصى الوصى المختار يصير وصيا فى تركة هذا الوصى المختار وتركة من كان الوصى المختار وصيا له . وإذا خصصه الوصى المختار بتركة نفسه كان أمره على الخلاف السابق فى تخصيص الوصى المختار ، وهو الذى اختاره الولى أبا أو جدا ، فهو وصى على التركتين – إذا لم يذكر فى إيصائه أنه وصى على التركتين ، على رأى أبى حنيفة ، لأن هذا الوصى الثانى قائم مقام الوصى الأول . والأول كان يملك التصرف فى ماله هو باعتباره أصيلا ، وفى تركة الموصى الأول باعتباره خليفة عنه ، فيملك هذا الوصى الثانى التصرف فى التركتين باعتباره خليفة للوصى الأول فيما كان يملك من تصرفات ، وهى تصرفاته فى ماله ومال من أوصاه . وينبنى على هذا أنه إذا أوصى شخص إلى آخر وللوصى أولاد كبار وصغار فتوفى أحد الأولاد الكبار وترك صغارا فإن الوصاية التى تكون لوصى جدهم تشملهم ، إذا لم يكن لأبيهم وصى ، لأنهم مشمولون بولاية الجد ، فينتقل ذلك إلى وصاية وصى الجد .

أما الشافعى فإنه يذهب إلى أن وصى الوصى المختار لا يكون وصيا إلا فى تركة الوصى المختار ، وليس للوصى المختار أن يقيم وصيا على تركة الموصى إلا إذا جعل له الموصى ذلك ، كما لا يصح أن يوكل غيره فى تصرف عهد إليه

(١) أنظر كتاب آداب الأوصياء على هامش جامع الفصولين جـ ٢ ص ٣٥٦ الطبعة الأزهرية .

به الموصى فى تركة إلا فيما لم تجر العادة بأن يتولاه بنفسه أو عجز عن مباشرته ، لأنه هنا من باب الضرورة . وأحمد مثل الشافعى فى رواية عنه ، وفى رواية أخرى خالف الشافعى وقال : يجوز أن يعين الوصى وصيا فى التركتين ، وقد خالف أحمد فى هذه الرواية الثانية مبدأه فى التوكيل حيث قال : « لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره . وفرق بين الإيصاء والتوكيل بأن الوكيل يستطيع أن يستأذن الموكل ، لأنه حى . أما الوصى فلا يستطيع استئذان الموصى لوفاته فيصح له أن يوكل وأن يوصى وإن لم يجعل الموصى له ذلك .

أما وصى القاضى فإنه إذا أوصى إلى آخر ففى المسألة تفصيل ، لأنه إن كانت وصاية وصى القاضى عامة ، فالحكم فى وصاية وصيه أنها تكون عامة فيشمل وصاية وصيه التركتين ، أما إذا كانت وصاية خاصة فإن وصيه يكون وصيا فى تركته فقط .

٢١٧ – ومما يتصل بموضوع الوصى تعيين مشرف ، فإن الفقهاء نصوا على جواز أن يعين القاضى مشرفا مع الوصى ، كما يجوز له أن يعين وصيا آخر معه إذا دعت الحاجة إلى ذلك . ومهمة المشرف أن يراقب الوصى فى تصرفاته ويجب على الوصى أن يستشيره فيما يريد من تصرف ، لأنه بمنزلة وصى ثان لا يصح له أن يتصرف بدون رأيه . وليس له مباشرة التصرفات ولا حفظ الأموال . وقد نص الفقهاء على أنه لو تصرف الوصى بدون استشارة المشرف وترتب على ذلك هلاك عين من أعيان التركة أو هلاك بعضها كان ضامنا لما هلك .

وقانون الولاية على المال قد تعرض لهذا بما يتفق مع كلام الفقهاء . فقد جاء فى المادة (٨٠) منه ما نصه : « يجوز تعيين مشرف مع الوصى ولو كان مختارا ، وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب » ، وفى المادة (٨١) الفقرة الأولى : « يراقب المشرف النائب عن عديم الأهليـة ، أو الوكيل عن الغائب فى إدارته ، وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليها » .

وقد أوجبت هذه المادة على الوصى إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال وغيرها مما يتعلق بالمحافظة على أموال الصغير ، كما أوجبت على المشرف عند وفاة الوصى إبلاغ المحكمة ، وأن يقوم بكل

الأعمال التي يخشى الضرر من تأخيرها . فقد جاء في هذه المادة — بعد الفقرة السابقة ما نصه : « وعلى النائب أو الوكيل إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه : من إيضاح عن إدارة الأموال ، وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال .

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة إقامة نائب أو وكيل جديد . وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر » .

وتنتهي مهمة المشرف بقرار المحكمة بانتهاء إشرافه إذا ما رأت انتهاء الداعي إليه كما نصت المادة (٨٣) .

إلى هنا انتهينا من الكلام على قواعد الولاية على المال ، وأوضحنا ، بشيء من التفصيل ، كيف أنّ هذه القواعد التشريعية مستمدّة من الشريعة الإسلامية ، بحيث يمكن أن يقال إنّ لأصل التاريخيّ لتلك .

ثانيا – المسائل المتصلة بالأسرة :

٢١٨ — سبق أن ذكرنا أن هذه المسائل تركت بمنأى من القانون المدنى ، فلم تخضع لأى تنظيم تشريعى عند صدور التقنينات فى أعقاب الإصلاح القضائى . والمرجع فيها بالنسبة للمسلمين هو الشريعة الإسلامية . أما بالنسبة لغير المسلمين فتجب التفرقة بين فرضين : إذا كان الخصوم متحدين فى الديانة والملة ، فعندئذ يخضعون للقواعد الدينية المستمدة من الديانة والملة ؛ أما إذا اختلفوا فى الديانة أو الملة فإنهم يخضعون للشريعة الإسلامية[1] .

---

(١) قضت محكة النقض بأن العبرة فى تغيير الديانة أو الملة هى بتاريخ الانضمام إلى الكنيسة الجديدة لا بتاريخ تحرير الشهادة الدالة على ذلك والتصديق عليها – نقض أول مايو ١٩٦٨ س ١٩ ص ٨٩٥ .

– وقررت أن « القول بأن انضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان الأرثوذكس لا يعتبر تغييراً للملة والطائفة ، لأن السريان والأقباط الأرثوذكس يتبعان مذهباً واحداً هو المذهب المسيحى الأرثوذكسى مردود بأن طائفة السريان الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس ، ولكل منها مجلسها الملى الخاص بها » – نقض ٣١ يناير ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٧٩ .

– وقضت بأن « تغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ومن ثم فهو ينتج أثره بمجرد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ولا يتوقف على إخطار الطائفة القديمة أو موافقتها » – الحكم السابق .

=

= – وقضت أيضاً بأن « مؤدى ما نصت عليه المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، أن الشارع أراد أن يتخذ من « سير الدعوى » و « انعقاد الخصومة فيها » وهو وصف ظاهر منضبط ، لا من مجرد قيام النزاع ، مناطاً يتحدد به الاختصاص والقانون الواجب التطبيق على أفرادها » نقض ٣١ يناير ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٧٩ ، نقض ١٠ إبريل ١٩٦٨ س ١٩ ص ٧٥٠ ، نقض ٢ إبريل ١٩٦٦ س ١٧ ص ٨٨٩ .

– وقد جرى قضاء النقض بأن « للشخص أن يغير دينه أو مذهبه أو طائفته ، وهو فى هذا مطلق الإرادة تحقيقاً لمبدأ حرية العقيدة طالما قد توافرت له أهلية الأداء . والاعتقاد الدينى مسألة نفسانية فلا يمكن لأى جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط ، ومن وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد » – نقض ١٩ يناير ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٧٤ ، نقض ٢١ إبريل ١٩٦٥ س ١٦ ص ٤٩٦ .

– كما جرى بأن « مؤدى نص الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، أى أن يكون الطلاق مشروعاً فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى إذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك ، وهذا النص يؤكد قصد الشارع من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط لا الطلاق المدعى به » — نقض ١٤ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٩٣ ، نقض ٦ فبراير ١٩٦٣ س ١٤ ص ٢١٨ .

وجرى بأن الشريعة الإسلامية « تبيح للزوج بأن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، وهى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة ، وتصدر الأحكام فيها طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » – نقض ١٤ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٩٣ ، نقض ٣٠ مارس ١٩٦٦ س ١٧ ص ٧٨٢ .

– وقضت كذلك بأنه « لا وجه لتطبيق أحكام المادة ٨٩٦ مرافعات الخاصة بمحاولة التوفيق بين الزوجين متى كان الزوج قد أشهر إسلامه وطلق زوجته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية قبل أن يرفع أى من الطرفين دعواه » ، وأن « تمسك الزوج – المطعون ضده الذى اعتنق الإسلام – ببطلان زواجه من الطاعنة لعدم توافر أركانه المقررة فى شريعة اليهود الربانيين التى انعقد طبقاً لأحكامها وقت أن كان موسوى الديانة لا يجعله مرتداً عن الإسلام الذى اعتنقه بإشهار إسلامه » وأن « العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادفت محلا ، يقع بها الطلاق فور صدورها ، ويكون طلاقاً مستقلا قائماً بذاته ، ولا يغير من ذلك ما اقترن بها من أنها تأييد لطلاق سبق إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفورى المترتب عليها شرعاً » – نقض ٧ مايو ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٧٥١ .

– وقضت بأن « الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على ظاهر اللسان دون بحث جديتها أو بواعثها ودواعيها » – الحكم السابق .

=

هذا وقد خضعت بعض مسائل الأسرة لتنظيمات تشريعية ، وذلك بالنسبة للمسلمين وغيرهم المختلفين فى الديانة والملة ، فقد صدر القانونان رقما ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن المهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتفريق[1] ، وبذلك أصبح التشريع هو المصدر الأصلىّ المباشر فى هذه

= — هذا واستخلاص قاضى الموضوع تغيير الإنسان لدينه أو مذهبه أو طائفته هى مسألة واقع يستقل بها ما دام استخلاصه قد جاء سائغاً له أصله الثابت فى الأوراق .

(١) قضت محكمة النقض بأن « النعى بمخالفة الحكم المطعون فيه القانون والخطأ فى تطبيقه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد واحد مع أنها دعوى تطليق لعدم الإنفاق تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقاً للمادة السادسة من القانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية ، وأن القول الوحيد فيه فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان ، وأنه لا يوجد فى مذهب الأحناف من يقول بكفاية شاهد واحد مردود ، ذلك أنه لما كان التطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلا على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين وإنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق لعدم الإنفاق أو الغيبة ، فإنه يكون من غير المقبول التحدى برأى الإمام أبى حنيفة فى إثبات أمر لا يجيزه ، ومن ثم يكون هذا النعى فى غير محله متعين الرفض » — نقض ١٨ فبراير ١٩٦٠ س ١١ ص ١٨١ .

— كما قضت بأن « نص المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، يشمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد ، لأنه مقترن بالعدد فى المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد . يؤكد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية من أن الطلاق شرع على أن يوقع على دفعات متعددة وأن الآية الكريمة « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة ، وأن دفعات الطلاق جعلت ثلاثاً ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها أيضاً حتى إذا لم تفد التجارب وقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى » — نقض ٢٣ يونية ١٩٦٠ س ١١ ص ٤٧١ .

— وقضت كذلك بأنه « متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء والهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون فى تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن الطلاق مع إضرار الزوج بزوجه يكون بطلقة بائنة » — نقض ١٠ إبريل ١٩٦٣ س ١٤ ص ٥١٥ .

— وبأنه « متى كان الثابت فى الدعوى أن الطلاق حصل نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، فإنه يكون طلاقاً بائناً طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن « كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال . . . . » . =

المسائل ، وتراجعت الشريعة الإسلامية لتبقى مجرد أصل تاريخى لهذه القواعد التشريعية . وعند وجود فراغ فى التشريع يُرجع إلى الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً احتياطياً . أما بالنسبة لغير المسلمين المتحدين فى الديانة والملة ، فلا توجد لهم إلى الآن قواعدُ تشريعية ، ومن ثم لا تزال شرائعهم الدينية هى المصدر الأصلى المباشر فى مسائل الأسرة[1] .

= — وبأن « من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن « الولد للفراش » وقد فرع الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهه ، كما فرعوا عليه أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت السبب ، ورتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً ، واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشاً على ثلاثة أقوال : أحدها أنه نفس العقد وإن لم يجتمع بها بل ولو طلقها عقيبه فى المجلس ، والثانى أنه العقد مع إمكان الوطء ، والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه ، وكانت المادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد نصت على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد » وهو مذهب وسط ، وكان ما قرره شاهد الإثبات من أنه لا يعلم أن الطاعن قد عاشر المطعون عليها إثر الزواج العرفى معاشرة الأزواج لا يفيد ثبوت عدم التلاقى بينهما فإن الحكم المطعون فيه — إذ لم يخالف هذا النظر — لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » — نقض ٢١ نوفمبر ١٩٦٢ س ١٣ ص ١٠٤٦ .

— وبأن « التناقض فيما هو محل خفاء ، ومنه النسب ، عفو مغتفر ، ولا يعتبر كذلك التناقض فى دعوى الفراش الصحيح لأنه ليس محل خفاء » — نقض ١٧ يناير ١٩٦٢ س ١٣ ص ٧٢ .

— وبأنه « من المقرر شرعاً أن الوعد والاستيعاد لا ينعقد به زواج ، وأن الزواج لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته إلى المستقبل » — الحكم السابق .

(١) قضت محكمة النقض بأن « الزوج — طبقاً للشريعة الموسوية لطائفة القرائين — أن يطلق زوجته إذا ما عرضت نفسها للابتذال فى الطرق والأسواق والمجتمعات ، أو خالطت غير أهل الحشمة والوقار أو أتت أمراً مريباً ، وتقدير ذلك مرجعه إلى محكمة الموضوع . أما ما قال به بعض الفقهاء الإسرائيليين من أنه يشترط فى الريبة المبررة للطلاق أن يصدق الزوج ما يعلمه من ريبة عن زوجته وأن يكون التصديق خلقاً له عادة ، فالمقصود به أن يكون الزوج مصدقاً لما يذاع عن زوجته وأن اتهامه لها بالريبة لم يكن تجنياً » وأنه « إذا كان الحكم القاضى بتطليق الزوج من زوجته للريبة طبقاً للشريعة الموسوية لطائفة القرائين قد أحال الدعوى إلى التحقيق للتثبت من أهلية المطلقة للحضانة ، فإن إحالة الدعوى إلى التحقيق لا تتعارض مع ما انتهت إليه المحكمة من قيام مبرر الطلاق إذ أن الأم لا تحرم من حضانة ولدها إلا إذا كانت لا تؤمن =

٢١٩ – وقد تدخل المشرع وألغى الجهات القضائية الملية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومنها جهة القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس[١]، وانتقل الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية من المجالس الملية إلى المحاكم الوطنية التى أصبحت وحدها صاحبة الولاية بالنسبة لكافة منازعات الأحوال الشخصية للمصريين جميعاً مسلمين أو غير مسلمين . وهكذا يكون المشرع قد وحّد الاختصاص القضائى فقط دون أن يخضع المصريين جميعاً لقواعد موحّدة فى المسائل المتصلة بالأسرة ، وإن كان البادى من نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن الأصل هو الخضوع للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تُحيل على أرجح الآراء فى المذهب الحنفى، غير أنه أجاز تطبيق الشرائع غير الإسلامية بالشروط الواردة فى الفقرة الثانية منه ، وهى الاتحادُ فى الطائفة والملّة ، ووجود قضاء ملى منظم[٢] ،

— على أخلاقه ونفسه بسبب اعوجاج سلوكها وهو ما أرادت المحكمة تحقيقه » نقض ١٠ يناير ١٩٥٧ س ٨ ص ٦٠ .

كما قضت بأن « الزوج الإسرائيلى أن يطلق زوجته إذا ظهر له أنها ليست بكراً وأن يرد لها حقوقها المالية المنصوص عليها فى العقد بعد خصم المهر طبقاً لما نصت عليه المادة (١٥٢) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للإسرائيليين » وأن أحكام الشريعة الموسوية « توجب أن يدفع الزوج مهراً لزوجته – على ما نصت عليه المادتان ٩٨ و ٩٩ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للإسرائيليين ومفهومهما أن دفع المهر شرط لصحة عقد الزواج وأنه مقدر بمائتى محبوب للبكر ، فإذا ادعت الزوجة بأنها لم تقبض مهراً فإن القرينة القانونية تقوم على عكس هذا القول » وأنه « متى كانت الخصومة بين الزوجين الإسرائيليين تقوم على تصفية الحقوق المالية التى لكل منهما قبل الآخر نتيجة لانفصام عرى الزوجية بينهما ، فإن المهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تتناوله هذه الحقوق وهو يندرج فى عموم دفع الزوج الدعوى . فإذا كان الحكم قد قضى بخصم المهر مما قضى به للزوجة ، فإن لا محل للاعتداد بما تقول به الزوجة من أن الزوج لم يطالب برده وأن القضاء به قضاء فى أمر لم يكن مطروحاً فى الخصومة » – نقض ٢٧ يونيه ١٩٥٧ س ٨ ص ٦٥٣ .

(١) تعتبر شريعة الأقباط الأرثوذكس فى مصر من أهم شرائع غير المسلمين نظراً للكثرة العددية التى يتمتع بها الأقباط الأرثوذكس، ونظراً لقدم الكنيسة القبطية الأرثوذكسية التى ليس لها رياسة دينية خارج جمهورية مصر العربية – أنظر فى تطور نظام القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس : أحمد صفوت فى « تنظيم الأقضية للطوائف غير الإسلامية » والشيخ حسنين مخلوف فى « القضاء فى الأحوال الشخصية والامتياز للطوائف غير الإسلامية » – مجلة المحاماة الشرعية س ١٤ ص ٣ وص ١٨ .

(٢) كانت طائفة الروم الكاثوليك من الطوائف التى كان معترفاً لمجلسها الملى – فى =

وعدم التعارض مع النظام العام[١] . فالمادة السادسة بوضعها الراهن تعتبر ضابط الإسناد الداخلى فى منازعات الأحوال الشخصية[٢] . ولم يتغيّر هذا

= عهد السيادة العثمانية على مصر بولاية القضاء فى المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية التى تقوم بين أبناء هذه الطائفة . وقد نص القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ فى مادته الأولى على استمرار السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن فى الديار المصرية إلى حين الإقرار على أمر آخر ، بالتمتع بما كان لها من الحقوق عند زوال السيادة العثمانية ، وأن يكون لهذه السلطات القضائية والهيئات التى بواسطتها تمارس تلك السلطات أعمالها بصفة مؤقتة، جميع الاختصاصات والحقوق التى كانت تستمد لغاية الآن من المعاهدات والفرمانات والبراءات العثمانية . ومن ثم قضت محكمة النقض بأن « المجلس الملى لطائفة الروم الكاثوليك أصبح معتمداً ويستمد ولاية القضاء فى الأحوال الشخصية لهذه الطائفة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ ، حالة أن المحاكم الشرعية إنما تختص بالفصل فى منازعات الأحوال الشخصية بين غير المسلمين إذا اختلف الطرفان مذهباً ، أما إذا اتحدا فى المذهب فلا تكون لها ولاية الفصل فى هذه المنازعات وإنما يختص بها المجلس الملى لهذه الطائفة ، وهو اختصاص ولائى متعلق بالنظام العام » – نقض ٢٠ مارس ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٤٦٣ .

– هذا وقد كان لمحكمة الموضوع ، إذا احتج لديها بحكم شرعى نهائى ، أن تبحث ما إذا كان هذا الحكم قد صدر فى حدود ولاية المحاكم الشرعية فتثبت له الحجية ، أو لم يصدر فى حدود هذه الولاية فيكون معدوم الحجية . وهذا بطبيعة الحال إنما كان قبل إلغاء المحاكم الشرعية والجهات القضائية الملية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(١) ينبغى عدم الخلط ، فى محيط الأحوال الشخصية ، بين قواعد النظام العام وبين قواعد الشريعة الإسلامية . فالنظام العام فى مسائل الأحوال الشخصية يشمل من القواعد ما قد يختلف عن قواعد الشريعة الإسلامية .

– ويذهب البعض إلى ضرورة نظر مسائل الأحوال الشخصية على ضوء الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة الغالبة – جميل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ج ٢ ص ٢٦٧ . بيد أنه ليس معنى هذا اعتبار كل قواعد الشريعة الإسلامية من النظام العام الذى يلزم المسلمين وغير المسلمين ، بل ينبغى الجرى وراء القواعد التى تحقق مصلحة عامة عليا بغض النظر عن الاعتبار الدينى ، لأن الدستور كفل للجميع حرية الاعتقاد . وقد أخذت المحاكم بهذه التفرقة فى العديد من أحكامها – قارن د. توفيق فرج ص ٢٢٨ وما بعدها .

(٢) قضت محكمة النقض بأن المشرع « وضع فى المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قاعدة الإسناد فى قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، وجعل المناط فيها هو اتفاق الزوجين أو اختلافهما فى الطائفة والملة ، فنص على القاعدة الأصلية وهى أن تطبق بصفة عامة شريعة البلاد على جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية ، ولم يستثن من هذه القاعدة إلا حالة ما إذا كان الزوجان متحدى الملة والطائفة ولها جهة قضائية ملية منتظمة وقت صدور القانون المذكور فتطبق عليهما أحكام شريعتهما الخاصة ما لم تتعارض مع قواعد النظام العام ، وإذا =

الوضع بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، ذلك أن المحاكم العادية الآن ، وهى تفصل فى منازعات الزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة وغيرها من مسائل الأسرة ، إنما تنزل على هذه المنازعات أحكام الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى على التفصيل المتقدم .

ثالثاً ـ المواريث والوصايا

٢٢٠ — كانت الشريعة الإسلامية هى المصدر الأصلى المباشر الذى يرجع إليه فى مسائل الإرث والوصية ، وذلك بالنسبة للمصريين مسلمين وغير مسلمين ، ولكن أبيح لغير المسلمين أن يحتكموا إلى شرائعهم الدينية بشرطين : أولهما هو اتحاد الخصوم فى الديانة والملة ، وثانيهما اتفاق ذوى الشأن الذين يعتبرون ورثة فى نظر الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية .

ثم خضع الميراث والوصية لقواعد تشريعية ، فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية ، وأصبح التشريع هو المصدر الرسمى المباشر لهذه المسائل ، وأضحت الشريعة أصلا تاريخياً للقواعد التشريعية ، كما ظلت مصدراً احتياطياً يرجع إليه فى

= لم تتوافر هذه الشروط جميعها فى الزوجين فإن هذا الاستثناء لا يقوم ويتعين تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية . فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الزوجين مختلفان فى الطائفة ويدينان بوقوع الطلاق ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون إذ طبق الشريعة الإسلامية يكون على غير أساس ، ولا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على اختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة » — نقض ٦ فبراير ١٩٦٣ س ١٤ ص ٢١٠ — وانظر « انحلال الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس » رسالة دكتوراه ، إهاب حسين إسماعيل ص ١١ .

كما قضت محكمة النقض بأنه « لم يقصد بالمواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدنى الملغى — على ما جاء بالمذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ — مواجهة حالة التعارض الداخلى فى دعاوى المصريين بين الشريعة الإسلامية والشرائع السارية على المصريين غير المسلمين من غير مختلف الملل فى أحوالهم الشخصية ، بل إن المواد المذكورة هى مواد إسناد إلى القوانين الأجنبية التى يجوز تطبيقها فى مصر فى المسائل التى أشير إليها فيها ، ومن أجل ذلك عدلت تلك المواد بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ لتصحيح صيغتها العربية بحيث تتفق مع الأصل الفرنسى لها ، وليس فى هذا التصحيح إضافة لحكم جديد فى التشريع المصرى بل هو ضبط للعبارة العربية يزيل كل أثر لخطأ الترجمة ويحقق غرض المشرع من هذه المواد » — نقض ٢٩ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٤٧٥ .

المسائل التى لم يتناولها القانونان المذكوران اللذان يسريان الآن على جميع المصريين مهما اختلفت دياناتهم ، لا فرق بين مسلم ومسيحى ويهودى[1] .

المواريث

٢٢١ — أبادر إلى لفت النظر إلى أساسين ينبغى مراعاتهما فى تطبيق قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد وردا فى مذكرته الإيضاحية : أولهما أن أحكام هذا القانون مستقاة من الشريعة الإسلامية ، وعلى هذا لا يسوغ أن يفهم من إحدى مواده بأى طريق من طرق الدلالة ما يخالف نصاً فى القرآن أو السنة الصحيحة ، أو حكماً اتفق عليه فقهاء المسلمين ، وثانيهما أنه فى حالة عدم وجود حكم فى القانون ينطبق على المنازعة المتعلقة بالمواريث ، تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبى حنيفة ، إعمالا لنص المادة (٢٨٠) من لائحة المحاكم الشرعية .

هذا وغنى عن البيان أنه يشترط لاستحقاق الإرث شرطان : أحدهما فى المورث ، والثانى فى الوارث . فأما ما يشترط فى المورث ليورث فهو أن يتحقق موته ، أو يعتبر ميتاً بحكم القاضى ، لأنه إذا تحقق موته انقطعت حاجته إلى ماله وصار عاجزاً عن التصرف فيه والانتفاع به ، فتنتهى ملكيته له ويستحق أن يورث عنه ، وإذا اعتبر ميتاً بحكم القاضى اعتبر كذلك . ويتحقق موت المورث إذا انتهى أجله وفاضت روحه ، ويثبت هذا بالمشاهدة أو بالبينة المتصل بها القضاء . ويعتبر المورث ميتاً بحكم القاضى إذا صدر حكم بموته بناء على تحريات وقرائن واعتبارات يرجح القضاء معها اعتباره ميتاً لا بناء على مستندات وبينة أثبتت موته حقيقة ، كالمفقود الذى غاب ولم يعرف

(١) قضت محكمة النقض بأن « دعاوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين المصريين كانت من اختصاص المحاكم الشرعية تجرى فيها وفق أحكام الشريعة الإسلامية » وأن « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم تحكمه الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » — نقض ١٩ يونية ١٩٦٣ س ١٤ ص ٨٤١ .

كما قضت بأن « الشريعة الإسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل مواريث المصريين غير المسلمين ومنها الوصايا ، وكانت تختص بنظرها المحاكم الشرعية (الملغاة) ذات الولاية العامة إلا إذا تراضى الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم على الاحتكام إلى مجالسهم الملية (الملغاة) ، فحينئذ فقط كان لهذه المجالس ولاية نظرها عملا باتفاقهم مادامت لهم أهلية التصرف فى حقوقهم » نقض ٢٩ فبراير ١٩٦٨ س ٩٩ ص ٤٧٥ .

مكانه ولم تعلم حياته ولا وفاته ، إذا حكم القاضى بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده فى حال غلبة الهلاك عليه ، أو بعد أية مدة رآها فى غير ذلك من الأحوال ، فيستحق حينئذ أن يورث من هذا الوقت فقط وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم ، لأن الحكم باعتبار المورث ميتاً فى هذه الحال حكم مثبت ومنشىء حالا اعتبارية جديدة ، لا مظهر أمراً وقع ، ولهذا لا يصح أن يسند هذا الحكم إلى زمن سابق على تاريخ صدوره . ويتفرع عن هذا الشرط أن موت المورث تقديراً (١) لا يستحق أن يورث به ، لأنه لم يتحقق موته ولم يعتبر ميتاً بحكم القضاء ، وهذا هو مذهب ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد من كبار الأئمة المجتهدين (٢) ، وهو

(١) والموت تقديراً أوضحه الفقهاء فى الصورة الآتية : إذا ضرب إنسان امرأة ضربة أسقطت جنينها ميتاً فإن موت هذا الجنين ليس موتاً حقيقياً لأن الموت الحقيق إنما يكون بفقد الحياة الحقيقية ، والجنين فى بطن أمه وقت الجناية غير محققة حياته . وليس موتاً اعتبارياً لأنه لم يصدر حكم باعتباره ميتاً بسبب هذه الجناية . ولكن الشارع قد أوجب على الجانى ، بإسقاط هذا الجنين ، تعويضاً مالياً هو المسمى بالغرة . وهو مقدر ، على رأى جمهور الفقهاء ، بواحد من عشرين من دية النفس ، أى خمسين ديناراً أو خمسمائة درهم . والتعويض إنما يجب بالجناية على حى ، فإيجاب التعويض عن هذا الجنين دل على أن الشارع قدره حيا وقت الجناية ، وقدر أنه مات بسبب هذه الجناية ، ولهذا أوجب على الجانى تعويضاً عنه . وإذ دل حكم الشارع بإيجاب التعويض عن هذا الجنين على تقدير حياته وقت الجناية ، وتقدير موته بسببها ، فقد اختلف الفقهاء فى حكم هذا الجنين : هل يستحق أن يورث تعويلا على أنه مات تقديراً بسبب الجناية ، ويستحق أن يرث بناء على أنه قدر حيا وقتها ، أو لا يستحق أن يورث ولا يستحق أن يرث ؟

(٢) ذهب الإمام أبو حنيفة ، على العكس من ذلك ، إلى أن الجنين فى الصورة السابقة يستحق أن يورث لأن الشارع قدر أنه مات بسبب الجناية بدليل أنه أوجب على الجانى التعويض عنه . ويستحق أن يرث لأن تقدير الشارع موته بسبب الجناية هو تقدير لحياته وقتها إذ الموت إنما هو فقد الحياة . وعلى هذا يستحق هذا الجنين ما وقف له من تركة مورثه وما أوصى له به ويتملك الغرة التى أوجبت على الجانى تعويضاً عنه . وكل ما تملكه بالإرث أو الوصية أو التعويض يورث عنه ويقسم بين ورثته الشرعيين .

ومذهب الإمام أحمد والشافعى ومالك فى قوله الأخير أنه لا يتحق أن يرث لأنه لم تتحقق حياته فلم تتحقق أهليته للتملك بالإرث ، ولا يستحق أن يورث عنه سوى الغرة .

هذا ويستند رأى ربيعة بن عبد الرحمن ، الذى اعتنقه القانون ، إلى أنه لم يتحقق من موته بسبب الجناية ، ولا من حياته وقتها ، وإيجاب التعويض على الجانى بإسقاطه إنما هو جزاء الاعتداء على أمه ، ولهذا تستحق هى وحدها الغرة الواجبة على الجانى لأنها هى المجنى عليها ، وإسقاط جنينها كإتلاف أى جزء من أجزائها .

المذهب الذى اختير للقانون فى المادة الأولى منه (١) .

وأما ما يشترط فى الوارث لكى يستحق أن يرث ، فهو أن تتحقق حياته وقت موت مورثه أو وقت اعتباره ميتاً بحكم القاضى ، لأن تحقق حياته فى هذا الوقت يحقق أهليته للتملك ، ولأن يخلف المورث فى ملكية تركته وقت زوال ملكه عنها .

٢٢٢ — وقد نص القانون فى المادتين الخامسة والسادسة على ثلاثة موانع للإرث : القتل ، واختلاف الدين ، واختلاف الدارين بين غير المسلمين إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها . أما المانع الأول فلما رواه النسائى من قول الرسول « ليس للقاتل ميراث » ، ولهذا اتفق الأئمة الأربعة وجمهور المجتهدين من المسلمين على أن القتل من موانع الإرث ، ولكنهم اختلفوا فى نوع القتل الذى يمنع منه ، والذى اختير من مذاهبهم وأخذ به القانون أن القتل لا يمنع من الإرث إلا إذا كان عمداً عدواناً ، وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة هلالية . أما المانع الثانى فالمراد به أن المسلم وغير المسلم لا يتوارثان بأى سبب من أسباب الإرث ، فالزوج المسلم إذا كانت زوجته غير مسلمة لا يرثها إذا ماتت ولا ترثه إذا مات(٢) ، والقريبان إذا كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم لا يتوارثان إذا مات أحدهما . ودليله قول الرسول « لا يتوارث أهل ملتين » . وأما المانع الثالث فالمراد به اختلاف الدولتين اللتين يتبعهما المورث والوارث فى المنعة والرياسة العليا (٣) . وقد اتفق فقهاء المسلمين على أن بلاد الإسلام

(١) تنص هذه المادة على أن « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى » . وتنص المادة الثالثة على أنه « إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر سواء كان موتهما فى حادث واحد أولا » .

(٢) أما اختلاف الدين بين غير المسلمين بعضهم وبعض فلا يمنع من توارثهم ، فالزوج المسيحى وزوجته اليهودية يتوارثان . والقريب اليوذى وقريبه الوثنى يتوارثان . وكذلك اختلافهم الطائفى لا يمنع أيضاً من توارثهم ، فالكاثوليكى والأرثوذكسى من المسيحيين يتوارثان . والقرائى والربانى من اليهود يتوارثان ، وهذا مذهب أكثر الأئمة المجتهدين ، وهو نص الفقرة الثانية من المادة السادسة « ويتوارث غير المسلمين » .

(٣) يقول ابن عابدين ، جـ ٥ ص ٥٤٢ « اختلاف الدارين باختلاف المنعة ، أى العسكر ، واختلاف الملك . أما إذا كان بينهما تناصر وتعاون على أعدائهما كانت الدار واحدة والوراثة ثابتة » .

تعتبر كلها داراً واحدة وإن تعددت ممالكها وتغايرت ملوكها ، وعلى أن المسلمين لا يمنع اختلاف الدارين بينهم من التوارث ، لأن وحدة الإسلام تغلب اختلاف الجنسية أو الرعوية بالنسبة إلى التوارث[1] . وأما غير المسلمين ، فقد ذهب الإمامان مالك وأحمد إلى أن اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بينهم ، كما لا يمنع من الإرث بين المسلمين ؛ لأن المنع من الإرث عقوبة ولا عقوبة إلا بنص .

(١) يقول ابن عابدين ، نفس المرجع ص ٥٤٣ « وأما قول العتابي أن من أسلم ولم يهاجر إلينا لا يرث من المسلم الأصل فى دارنا ولا المسلم الأصل من أسلم ولم يهاجر إلينا ، فمدفوع بأن هذا كان فى بدء الإسلام حين كانت الهجرة فريضة والولاية منتفية بين من هاجر ومن لم يهاجر ، والتوارث مبنى على الولاية ، وأما اليوم فيرث أحدهما من الآخر .

– وهذا هو نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة « واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين » .

– وغنى عن البيان أن التصرفات المنجزة الصادرة من شخص كامل الأهلية فى حالة صحته تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها فى المستقبل حرمان بعض ورثته أو تعديل أنصبتهم فى الميراث ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه – نقض ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٣٦٢ .

– وثمة قاعدة شرعية تقضى بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها . وهذه القاعدة قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها لو أن الوارث قد خاصم أو خوصم طالبا الحكم للتركة نفسها بكل حقها ، أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها – نقض ١٣ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٥٥ ، نقض ٦ فبراير ١٩٦٤ س ١٥ ص ١٩٩ .

– وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث ، بحكم كونه خلفاً عاما لمورثه ، لا يعد من الغير فى حكم المادة ٣٩٥ مدنى ، بل حكمه بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التى يكون المورث طرفا فيها هو حكم مورثه ، ويكون تاريخها بحسب الأصل حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، سواء كانت الورقة صادرة إلى وارث أو غير وارث ما لم يقم الدليل على عدم صحته – نقض ١١ مارس ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٤٠٤ .

كما قضت بأن « مؤدى أحكام الشريعة الإسلامية التى تحكم الميراث هو أنه حين يرث الدائن المدين فإنه لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين كما هو مقرر فى الشريعة من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ، مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد الديون التى عليها ومن بينها دينها ، وبعد ذلك يرث الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة فلا ينقضى دينه باتحاد الذمة بالنسبة لنصيبه الميراثى » – نقض ١٣ مايو ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٧٦٩ .

ولم يرد نص على أن اختلاف الدارين من موانع الإرث . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن اختلاف الدارين يمنع من الإرث بين غير المسلمين لأنهم ما داموا لم يجمعهم الإسلام ولم تتحد رعويتهم فالشأن فيهم ألا يتناصروا ، والتوارث مبنى على التناصر .

وقد سار القانون على مذهب الإمامين مالك وأحمد ، فنص على أن اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين غير المسلمين ، واستثنى حالة واحدة سار فيها على مذهب أبى حنيفة وهى ما إذا كان المورث والوارث من غير المسلمين تابعين لدولتين مختلفتين ، وشريعة الدولة التى يتبعها أحدهما تمنع من توريث الأجنبى عنها ، فعاملة بالمثل يمنع التابع لها من إرث الأجنبى[1] .

الوصية

٢٢٣ – عرف القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الوصية ، بأنها تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت (م ١/٢) ، غير أن هذا التعريف لا يتناول فيما يبدو ، الوصية بتعيين وصى ، وهى ما عرفت باسم الإيصاء ، وهو وصاية بالولاية وليس بالمال ، ولذا فقد يكون تعريفها بأنها تصرف يستوجب

(١) فإذا رفعت إلى محكمة مصرية دعوى من فرنسى غير مسلم ، يطلب فيها الحكم بإرث أبيه المصرى غير المسلم ، وكانت شريعة الدولة الفرنسية تمنع من توريث الأجنبى عنها ، يمنع هذا الإبن الفرنسى من إرث أبيه المصرى .

– هذا وكلمة غير المسلمين التى وردت فى فقرة « ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض » لا تتناول المرتد عن الإسلام ، لأن المرتد عن الإسلام باتفاق الفقهاء لا يرث من غيره ، لا من مسلم ولا من غير مسلم ولا من مرتد مثله ، لأن الإسلام لا يقر المرتد على ردته ويعد ردته جناية يعاقب عليها بحرمانه من إرث غيره أيا كان . بيد أن إرث المرتد من غيره وإرث غيره منه ، لم يعرض لحكمهما قانون المواريث ، فتطبق فيهما المحاكم أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة (٢٨٠) من لائحة المحاكم الشرعية – أنظر مناقشة لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ، وراجع « شرح قانون المواريث الجديد » للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، الطبعة الثانية ١٩٤٦ .

– وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض حين قررت أن « الردة من موانع الإرث ، وإجماع الفقهاء على أن المرتد لا يرث من مسلم ولا من غير مسلم ولا من مرتد مثله ... وهو ما لا يجوز معه القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم فى مسألة من هذه المسائل ، ومنها إرث المرتد من غيره ، إنما أراد به الشارع أن يخالف نصاً فى القرآن أو السنة الصحيحة أو حكما اتفق عليه فقهاء المسلمين » – نقض ١٩ يناير ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٧٤ .

فى التركة ابتداء حقاً بعد الوفاة أشمل من ذلك التعريف . وهى على الجملة : كما يدل عليها تعريفها ، تبرع مضاف إلى ما بعد وفاة المتبرع ، فلا يترتب عليها أثرها وهو ثبوت الحق الملتزم به فى التركة ، أو ثبوت الملك للموصى له إن كان من أهل الملك إلا بعد الموت ، وهذا لا خلاف فيه . وإنما الخلاف بين الفقهاء فى أنها هل تتم ويترتب عليها أثرها بعد موت الموصى بعبارته وحدها دون أن يتوقف ذلك على شيء آخر من قبول يصدر من الموصى له أو ممن له الولاية عليه أو من تحقق اليأس من ردها منه ، أولا يترتب عليها أثرها إلا إذا قبلها الموصى له أو تحقق اليأس من رده إياها ؟ .

٢٢٤ — نحن نرى أن الرأى الفقهىّ القاضى بأن الوصية تتحقق بالإيجاب المضاف إلى وقت الموت ، ويترتب عليها أثرها بمجرد وفاة الموصى مصراً عليها ، وبأن القبول ليس شرطاً فى إفادتها الملك ولا ركناً لها ولكنه شرط لزوم ، هو الرأى الصحيح الذى يتسق مع حقيقتها بخلاف غيره من الآراء .

ويرى جمهور الفقهاء أن الموصى له إذا رد الوصية بعد موت الموصى بطل الإيجاب ولم يجز له أن يقبلها بعد ذلك ، وإذا قبلها بعد موته لم يكن له أن يردها [1] ، وبهذا الرأى أخذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ إلا فى حال واحدة هى ما إذا قبل منه بعض ورثة الموصى هذا الرد ، فقد عد القانون هذه الحال حال فسخ (م ٢/٢٤) .

هذا ويلاحظ أن لزوم الوصية فى المال إنما يكون فى ثلث التركة فقط ولا تتجاوزه إلا بإجازة الورثة .

والوصية كما تنشأ بالإرادة المنفردة ، كذلك يتم رجوع الموصى

---

(١) ووجه ما ذهب إليه الجمهور أن الموصى له إذا قبل أورد حال حياة الموصى ، فقد قبل ما لا وجود له وهو ثبوت الملك وما قد لا يثبت أبداً ، وعلى ذلك لم يكن القبول ولا الرد اعتبار .

— وذهب زفر إلى أن الموصى له إذا رد الوصية حال حياة الموصى ، لا يبطل الإيجاب إلا إذا علم به الموصى ، أما إذا توفى قبل أن يعلم ، كان الإيجاب قائماً وكان الموصى له القبول بعد ذلك .

— ويرى الأباضية أن رد الوصية حال حياة الموصى لا يبطل الإيجاب إلا إذا علم به الموصى ، أما إذا توفى قبل أن يعلم كان الإيجاب قائماً وكان الموصى له القبول بعد ذلك — أنظر « التصرف الإنفرادى والإرادة المنفردة » للأستاذ على الخفيف ، ١٩٦٤ ص ١٤٠ .

عنها بإرادته المنفردة ، وليس يضير ذلك أن تكون غير لازمة حال حياة الموصى وأن له أن يعدل عنها . كما لا يضير كذلك أن للموصى له ردها . وليس فى نشأة الوصية بالإرادة المنفردة خلاف بين الفقهين الشرعى والوضعى ، كما أن الرجوع فيها من الموصى بإرادته المنفردة لا خلاف فيه كذلك بين الفقهين .

ومما يلاحظ أنه قد جاء فى المادة (١٧) مدنى أنه يسرى على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته [1] . وكذلك يلاحظ أن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ قانون عام يسرى على جميع المصريين مهما اختلفت دياناتهم ، لا فرق بين مسلم ومسيحى ويهودى [2] .

---

(١) تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه ، فيسرى القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقاً عليه ، فتصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وذلك بالتطبيق لنص المادة ٣٧ من قانون الوصية سالف الذكر - نقض ٢٠ مارس ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٤٥٠ .

(٢) الطعن من الوارث فى عقد البيع الصادر من المورث بأنه فى حقيقته وصية وأنه لم يدفع فيه ثمن خلافاً لما ذكر فيه ، إنما يعد طعناً منه بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، ومن حقه كوارث أن يثبت هذا الدفاع بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة ، لأن التصرف يكون فى هذه الحالة قد صدر إضراراً بحقه فى الإرث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلا على القانون — نقض ٢ يناير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٢٢ .

— ولا تستطيع محكمة الموضوع البت فى أمر صحة ونفاذ العقد الصادر من المورث سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد أن تحدد نوعه ، إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التى تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ ، ولا يجوز للمحكمة — حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف فى الحالين ، أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت فى أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية — الحكم السابق .

— والدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان ، إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان ، وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحاً مهما طال الزمن — نقض ٢٠ مارس ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٤٥٠ .

الوقف(١)

٢٢٥ — نشير فى النهاية إلى مسائل الوقف ، رغم كونها من مسائل الأحوال العينية لا الشخصية ، على تقدير أن التقنينات المصرية أغفلت تنظيم أحكامها . وكانت خاضعة الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين.

— ويشترط لاعتبار العقد ساترا لوصية أن يثبت اتجاه قصد المتصرف إلى التبرع وإضافة التمليك إلى ما بعد موته — نقض ٢٢ إبريل ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٦٤٩ .

— وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذ خص الحكم المطعون عليها ، ابنة المورث ، بثلث التركة بعد استنزال ما اعتبر وصية وما خص الزوجة ، وهو الثمن ، مع أن الثابت من مدونات الحكم أن للمورث ثلاث بنات ، وكان لا يجوز أن يخصصن طبقاً لقواعد الميراث أكثر من ثلثى التركة مهما تعددن ليستحق العاصب ، إن وجد ، الثلث الباقى ، وإذ لم يبحث الحكم وجود العاصب من عدمه ، وكان هذا البحث لازماً لتوزيع الأنصبة الشرعية بين الورثة ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » — الحكم السابق .

— كما قضت بأنه « متى كان الثابت من حكم المجلس الملى الإنجيلى الصادر فى دعوى بطلب اعتماد وصية أن المدعى عليها لم تقبل الاحتكام إلى المجلس ودفعت بعدم اختصاصه بنظر الدعوى إلا أنه رفض الدفع وحكم باعتماد الوصية ، فإن قضاءه هذا يكون قد صدر من جهة ليس لها ولاية الفصل فى النزاع وبالتالى لا تكون له قوة الشىء المحكوم فيه ولا يصح الاحتجاج به لدى المحكمة ذات الولاية العامة وهى المحكمة الوطنية منذ إلغاء المحاكم الشرعية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ » — نقض ٢٩ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٤٧٥ .

— وقضت بأن القاعدة فى الشريعة الإسلامية ، التى تحكم النزاع قبل العمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ : أن وصية غير المسلم كوصية المسلم لا تجوز لوارث إلا بإجازة باقى الورثة . فإذا قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذ الوصية فى حق من لم يجزها من الورثة فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً — الحكم السابق .

(١) الوقف لغة الحبس ، وهو مصدر وقف يقف . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها إلى من أحب . فإذا وقفها الواقف على جهة بر كان ذلك تصدقاً بمنفعتها ، وإذا وقفها على معينين ليس الوقف عليهم براً كان ذلك صرفاً لمنفعتها إلى من أحب من الناس . وهو غير لازم عنده ، فللواقف أن يرجع عنه فى أى وقت شاء ، وينتهى بوفاته فتكون الأعيان الموقوفة موروثة لورثته من بعده . وذهب صاحباه إلى أنه حبس العين عن أن تملك لأحد من العباد ، والتصدق بمنفعتها ابتداء وانتهاء ، وإذا وقفت على الذرية ثم على جهة بر كان ذلك تصدقاً بمنفعتها انتهاء ، والأول هو المعروف الآن بالوقف الخيرى . ويلزم الوقف عند أبى يوسف بمجرد الإيجاب الصادر من الواقف ، ويلزم عند محمد ويتم بتسليمه إلى متوليه ، أما قبل التسليم فيكون غير تام فللواقف ألا يمضى فيه ويرجع عنه ، لأنه تبرع وتمليك المنافع فلا يتم ولا يلزم إلا بالتسليم بعد الإفراز فيما يحتمل القسمة .

ثم صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف ، واستمد من الشريعة قواعده ، فصارت بهذه المثابة أصلا تاريخياً للقواعد التشريعية ، كما بقيت أيضاً مصدراً احتياطياً يرجع إليه عند وجود فراغ تشريعى ، والعبرة فى هذا الشأن بالراجح من مذهب أبى حنيفة ، على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون الوقف .

٢٢٦ — وأثر الوقف عند أبى حنيفة ثبوت حق الموقوف عليه فى الانتفاع بالعين الموقوفة ، فيملك به منفعة العين ملكاً غير لازم مع بقاء العين الموقوفة على ملك واقفها . وأثره عند الصاحبين سقوط ملكية الموقوف وصيرورته ملكاً لله تعالى لا ملك فيه لأحد ، وهو أصح القولين عند الشافعى وأحمد . وعند مالك ، يبقى على ملك الواقف فلا يزول ملكه، ولكنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث . وهو أيضاً قول عند الشافعية والحنابلة . وهذا أحسن الأقوال إذ ملك الواقف متيقن الثبوت فلا يرتفع إلا بيقين . ويشترط أن يكون مؤبداً عند الصاحبين والشافعى وأحمد ، وأجاز مالك فيه التوقيت .

٢٢٧ — والأصل فى الوقف أن يكون منجزاً ، ويجوز مع الإضافة فيلزم عند مجىء الوقت الذى أضيف إليه ؛ أما قبله فهو غير لازم كما فى الوقف الذى أخرج مخرج الوصية . وأما تعليقه ففيه روايتان أصحهما عدم صحته مع التعليق ، وهذا عند الحنفية . وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه لا يجوز تعليق الوقف . ويرى مالك صحته مع التعليق ، وإذا صح مع التعليق صح مع الإضافة من باب أولى .

وحاصل القول أن الوقف تصرف أو تبرع ينشأ بإرادة منفردة من الواقف باتفاق جميع أئمة المذاهب ، فهو ينشأ بالإيجاب الصادر من الواقف ، أما لزومه أو عدم لزومه فذلك حكم آخر ينبنى عليه وصفه بأنه التزام أو ليس بالتزام على ما يراد بهذا الوصف من معنى فى الفقه الغربى أو فى الفقه الإسلامى : فالفقه الغربى لا يسمى التصرف التزاماً إلا إذا كان لازماً للمتصرف فيما يراه الفقه الغربى بحيث لا يجوز له الرجوع فيه ولا العدول عنه : أما الفقه الإسلامى فلم يستعمل هذا الإسم استعمالا اصطلاحياً بهذا المعنى .

٢٢٨ — وإذا كان الوقف لا تتوقف نشأته على قبول من أحد باتفاق

بين الأئمة ، فما موضع القبول منه ؟ في ذلك اختلف الفقهاء : فالمالكية يرون أن الموقوف عليه إذا كان غير محصور كالفقراء ، أو غير موجود كمن سيولد أو كان مما لا يتأتى منه القبول كالمسجد ، فإن الوقف يلزم ويمشى على شروطه بدون توقف على قبول من أحد متى استوفى جميع شروطه الواجب توافرها للزومه . وإن كان معيناً اشترط لاستحقاقه ما جعل له من ريع الوقف قبوله إن كان أهلا للقبول بأن كان بالغاً رشيداً ، وإلا ناب عنه وليه (١) ، فإن رد الوقف كان ما جعل له من الريع لغير من رده من الموقوف عليهم في قول مالك ، وهو ما أخذ به قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ (٢) ، وقيل يرجع حبساً على الفقراء والمساكين ، وهو ما يتفق مع قول الحنفية ، وقيل يرجع ملكاً للواقف ، بمعنى أن الوقف يبطل في حصة الراد ، والقول الأول هو الراجح في المذهب (٣) .

وقد جاء في المادة (٩) من القانون أن القبول لا يشترط لصحة الوقف ، وكذلك لا يشترط في الاستحقاق إلا إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً ، فعند ذلك يشترط لاستحقاقها قبول من يمثلها ، فإن لم يقبله انتقل الاستحقاق إلى من يليها .

٢٢٩ — وقد أجاز ذلك القانون للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه ، كما أجاز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك . ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بالقانون المشار إليه ، وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له ، أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالى ، أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف ، ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ابتداء ولا فيما وقف عليه ابتداء . ولا يصح الرجوع إلا إذا كان صريحاً وبإشهاد أمام الجهة القضائية المختصة (م ١١) .

وقد بنى الرجوع في الوقف على ما ذهب إليه أبو حنيفة من أنه كالعارية

(١) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣٦٩ .
(٢) أنظر المادتين ٣٣ و٣٤ من القانون .
(٣) أنظر حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٨٨ .

لاتخرج به العين الموقوفة عن ملك واقفها ، وأن غلتها كغلة عين مملوكة له يوجهها كما يشاء . بيد أن القانون لم يمش في ذلك إلى غايته ، بل قيده بقيود دعت إليها المصلحة واستند فيها إلى المذاهب الأخرى ، فكان الرأى الذى ذهب إليه القانون مذهباً ملفقاً من المذاهب .

ويبين من هذا الذى خلصنا إليه أن الوقف ينشأ بإرادة منفردة على جميع المذاهب بلا خلاف ، كما يكون الرجوع فيه بإرادة منفردة . كما يكون التغيير في مصارفه من إخراج وإدخال وحرمان وزيادة ونقص وتفضيل وتخصيص بإرادة منفردة .

٢٣٠ — وقد جرى قضاء محكمة النقض بأن الوقف ، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً ، له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى في خصوص التقادم المكسب للتملك ، إذ ليس في القانون ما يحرمه من ذلك ، ولأن التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد كائناً من كان . والقول بأن العين لا تعتبر موقوفة إلا إذا صدر بوقفها إشهاد شرعى ، لا محل للتحدى به إلا عند قيام النزاع في وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من جانب واضع اليد عليها (١) . كما أن الوقف ، باعتباره شخصاً اعتبارياً ، مسئول قبل الغير عن الخطأ الذى يقع من ممثله ويضر بهذا الغير (٢) .

وإذا قصر ناظر الوقف نحو أعيان الوقف أو غلاته ، كان ضامناً دائماً لما ينشأ من تقصيره الجسيم ، أما ما ينشأ عن تقصيره اليسير فلا يضمنه إلا إذا كان له أجر على النظر ، وهو ما نصت عليه المادة ٥٠ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ (٣) .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما إذا كان متولى الوقف يضمن الغبن الفاحش إذا أجر عقار الوقف بأقل من أجر المثل أو لا يضمنه ، فقال بعض المتقدمين إنه لا يضمنه وإنما يلزم المستأجر أجر المثل ، وقال البعض من هؤلاء إن المتولى يلزمه تمام أجر المثل ، وذهب البعض في رأى ثالث إلى أن المتولى يضمن نصفه ونصفه الآخر يضمنه المستأجر ، بينما ذهب غالبية

(١) نقض ٢١ مارس ١٩٦٨ س ١٩ ص ٥٨٠ .
(٢) نقض ٢٤ أكتوبر ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٢٦٧ .
(٣) نقض ٢٤ إبريل ١٩٦٨ س ١٩ ص ٨٧٥ .

المتأخرين إلى أن المتولى يضمن الغبن الفاحش ولو كان متعمداً وعلى قول البعض عالماً به لأن ذلك منه يكون جناية تستوجب عزله . وهذا الرأى الأخير هو ما تأخذ به محكمة النقض لو كان الناظر بغير أجر ، إذ يعتبر تأجيره أعيان الوقف بالغبن الفاحش وهو متعمد أو عالم به تقصيراً جسيماً فيسأل عنه دائماً (١) .

٢٣١ — هذا ونشير أخيراً إلى أن المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وإن كان قد أنهى الوقف على غير الخيرات وجعل ما ينتهى فيه الوقف ملكاً للمستحقين على التفصيل الوارد فى المادة الثالثة منه ، إلا أنه أبقى فى المادة الخامسة منه ، المعدلة بالقانون ٣٩٩ لسنة ١٩٥٣ ، على اختصاص المحاكم الشرعية بنظر دعاوى الاستحقاق التى ترفع بشأن الأوقاف التى أصبحت منتهية بمقتضاه ، ثم صار هذا الاختصاص للمحاكم العادية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية (٢) .

نظرة

٢٣٢ — خلص لنا مما تقدم أن دور الدين قد انكمش عما كان عليه بسبب تكاثر القواعد التشريعية وإخضاع الكثير من مسائل الأحوال الشخصية

(١) راجع الحكم السابق . وقد اقتصرت المادة ٦٣١ مدنى على تقرير أن إجارة الوقف بالغبن الفاحش لا تصح ، دون أن تبين مسئولية ناظر الوقف عن هذا الغبن ، كما خلت المواد الأخرى الواردة فى القانون المدنى فى الباب الخاص بإيجار الوقف من تحديد هذه المسئولية لأن موضعها خارج عن نطاق هذا الباب .

(٢) فإذا كانت ثمة دعوى لا يمكن الفصل فيها قبل الفصل فى النزاع على الاستحقاق الذى أثير فيها ، فإنه يجب تدخل النيابة فيها وإلا كان الحكم باطلا ، لأن الدعوى على هذه الصورة تكون من القضايا المتعلقة بالوقف بالمعنى المقصود فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ — نقض ١١ إبريل ١٩٦٨ س ١٩ ص ٧٥٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن « التصرف فى الأوقاف بالإستبدال أو بغيره مما هو منصوص عليه فى المادة ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعتبر من قبيل القضاء الفعلى ، وهو أقرب إلى العمل الولائى منه إلى العمل القضائى ، يباشره القاضى بما له من الولاية العامة وبصفته ولى من لا ولى له ويحل فيه محل صاحبه الأصلى عند عدم وجوده وهو الواقف ، وفعله وتصرفه لا يكون حكماً ولا يسمى قضاء إلا تجوزاً ، وقد نص الفقهاء على أن ما يباشره القاضى من التصرفات — هيئة التصرفات بالمحكمة — مقيد بالمصلحة ويدور معها من حيث الصحة والبطلان ، كما نصوا على أن القاضى بصفته القضائية — المحكمة القضائية — الذى يرفع إليه هذا التصرف بدعوى مبتدأة ، أن ينظر فيه وأن يبطله أو يلغيه إذا لم يجد خيراً فيه .

لما تقضى به هذه القواعد . أما المسائل التى لم يتناولها التشريع حتى الآن ، فلا تزال خاضعة للدين بحسبانه مصدراً أصلياً وخاصاً . ويختلف مدلول الدين فى هذا الصدد ، فيقصد به الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين وغيرهم ممن اختلفوا فى الديانة والملة . ويقتصر المقصود منه على الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة لغير المسلمين المتحدين فى الديانة والملة . وقد مر بنا ، بالنسبة لغير المسلمين المتحدين فى الديانة والملة ، أن الرجوع إلى شرائعهم الدينية يتحقق فى طائفتين من المسائل : الأولى هى المسائل الروحية ، مثل الزواج والطلاق والحضانة والنسب . والثانية هى مسائل الميراث والوصية بشرط اعتبارهم ورثة فى نظر الشريعة الإسلامية ، وشرط اتفاقهم جميعاً على الاحتكام إلى شريعتهم الدينية .

٥ — مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة

٢٣٣ — تقوم مدرسة القانون الطبيعى على التفرقة بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى ، وترى الثانى أساساً للأول . ويقصد بالقانون الوضعى Droit positif مجموعة القواعد القانونية النافذة فعلا فى دولة معينة ، فى زمن معلوم ، دون اعتبار لمصدر تلك القواعد . أما القانون الطبيعى Droit Naturel فيقصد به مجموعة القواعد العامة الأبدية السرمدية الخالدة ، التى يكشف عنها العقل البشرى ، ويستخلصها من طبيعة العلاقات الاجتماعية ، والتى ترنو فى مجموعها إلى تحقيق فكرة العدل . وتختلط هذه القواعد بقواعد العدالة التى يمكن تعريفها بأنها مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة (١) .

القانون الطبيعى عند فلاسفة القرون الوسطى

٢٣٤ — بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية فى الغرب واتساع نفوذ الكنيسة فى هذه الفترة من الزمن ، اصطبغت فكرة القانون الطبيعى بصبغة دينية عند أغلب فلاسفة القرون الوسطى ، وأصبح القانون الطبيعى هو ذلك القانون الإلهى الأزلى ، وأنه من وضع الله ، باعتباره خالق الطبيعة ، وهو بذلك يسمو على القانون الوضعى . ويفرق القديس « توماس الأكوينى »

(١) أنظر برهام عطا الله ، عبد الفتاح عبد الباقى ، توفيق حسن فرج ، محمود جمال الدين زكى فى المراجع السابقة .

Saint Thomas d' Aquin بين أنواع ثلاثة من القوانين : الإلهي والطبيعي والوضعي . فالقانون الإلهي هو مشيئة الله وهو القانون الأبدى Lex Ateerna يصل إلينا عن طريق الوحي والشعور ، ونؤمن به إيماناً ، ولا يستطيع العقل أن يدركه على حقيقته ، فهو مسألة إيمان واعتقاد ، لا مسألة عقل واستدلال . والقانون الطبيعي Lex naturalis يشتمل على القواعد التي يمكن للعقل إدراكها من القانون الإلهي الأبدى . أما القانون الوضعي أو الإنساني Lex Humana فهو من خلق الإنسان ، ويجب أن تستلهم فيه قواعد القانون الطبيعي وأن يطابق مبادئه ، فإذا خالف القانون الوضعي القانون الطبيعي ، كان الفرد في حل من أن يحترمه ، ما لم يكن من شأن مقاومته أن تسبب الفضيحة أو الفوضى ، لأن النفع الذي يعود من الطاعة أكبر من الضرر الذي ينتج عن العصيان ، وفي ذلك تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق وأصول القانون الطبيعي . أما إذا خالف القانون الوضعي القانون الإلهي فمن حق الإنسان مخالفته في كل الأحوال[1] .

---

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن الخلفاء الراشدين سبق أن قرروا هذا المبدأ وأعلنوه . فأبو بكر الصديق يخطب في الناس غداة توليه الخلافة فيقول « أيها الناس ، قد وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينوني ، وإن صدفت فقوموني » ثم يقول « أطيعوني ما أطعت الله ورسوله ، فإذا عصيت فلا طاعة لي عليكم » . وعمر بن الخطاب يقول للمسلمين « أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم » ثم يقول « إن رأيتم في اعوجاجاً فقوموه » . والله سبحانه يقول « يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم » ويقول « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » ويقول « فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله » . والرسول الكريم يقول « على المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية ، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » ويقول « لا طاعة لمخلوق في معصية » . وإذا تأملت في هذه النصوص وجدت فيها ، ليس فقط الحض على عدم الامتثال لما يخالف القانون الإلهي بل ما يدعو إلى مقاومة الانحراف والوقوف في وجه المنحرف ، وإن كان الفقهاء اختلفوا في عزل الخليفة إذا أساء السيرة وبدا منه ما يستوجب العزل تمكيناً لمبدأ المسئولية وحرصاً على مصالح الأمة . يقول الإمام أبو الحسن الأشعري في مقالات الإسلاميين الجزء الثاني ص ٤٥١ – ٤٥٢ « واختلف الناس في السيف – أي الخروج على الإمام – على أربعة أقاويل ، فقالت المعتزلة والزيدية والخوارج وكثير من المرجئة : ذلك واجب إذا أمكننا أن نزيل بالسيف أهل البغي ونقيم الحق . واحتجوا بقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقوله « فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله » وقوله « لا ينال عهدي الظالمين » . وقال أبو بكر الأصم ومن تبعه . السيف واجب . وقال قائلون .

– السيف باطل ولو قتلت الرجال أو سبيت الذرية ، وأن الإمام قد يكون عادلا ، وقد يكون غير عادل . وليس لنا إزالته وإن كان فاسقاً . وهذا قول أصحاب الحديث .

ويقول ابن حزم في كتابه الفصل في الملل والنحل الجزء الرابع ص ١٧١ – ١٧٤ « إن الأمة على اتفاق في وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولكنهم يختلفون في طريقة القيام بهذا الواجب الديني : فذهب أكثر أهل السنة وهو رأي الإمام أحمد وبعض الفقهاء إلى أن هذا لا يكون باليد ولا بسل السيف أصلا ، وإنما يكون بالنصح والتوجيه والصبر . وهؤلاء يقتدون بالإمام الثالث عثمان بن عفان ومن رأى رأيه وقعد معه من الصحابة .

وذهب بعض من أهل السنة والمعتزلة والخوارج والزيدية إلى أن سل السيف واجب إذا لم يدفع المنكر إلا بذلك . ويقول هؤلاء إن أهل الحق إذا استطاعوا الدفع ورجوا الظفر فرض عليهم ذلك . وإن لم يستطيعوا ولم يرجو الظفر لقلتهم وضعفهم كانوا في سعة من ترك التغيير باليد .

وعد ابن حزم من أصحاب هذا الرأي كل من اشترك في القتال في فتنة الخلافة وخرج على الخليفة من الصحابة . ثم قال « وهو الذي تدل عليه أقوال الفقهاء كأبي حنيفة ومالك والشافعي وداود الظاهري وأصحابهم » .

— ويسوق ابن حزم الاحتجاج للفريقين من الآيات والأحاديث التي أشرنا إليها . ويقرر أن هناك تعارضاً وتناقضاً بين النصوص وينتهي إلى القول بنسخ الأحاديث التي تدعو إلى الصبر والمسالمة بالآيات والأحاديث التي تدعو إلى الخروج على الإمام الذي استحق العزل ومقاومته بقوة السلاح ، لأن هذه أتت بشريعة زائدة وهي القتال فيعمل بها .

– وأحسب أن القول بنسخ الدليل ليس من السهولة بالقدر الذي يقرره الإمام ابن حزم . فإن من القواعد المقررة في الأصول – كما ذكرنا في الكتاب الأول – أنه إذا أمكن الجمع بين الأدلة المتعارضة فلا يصار إلى النسخ ولا يقبل القول به . والجمع هنا ممكن وواقع فعلا فإن الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلا » ، قد وضعت الأساس العريض لحل الخلاف والتنازع بين المسلمين في أي أمر من الأمور التي تهم المسلمين وتتصل بمصالحهم العامة ، وذلك برد موضوع الخلاف إلى الله والرسول ، أي إلى كتاب الله وسنة رسول الله ، وفيهما البيان الساطع لمن يريده والحكم الفاصل لمن يطمئن إليه . والحديث الشريف « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » قد رسم الطريق واضحاً محدداً لعلاج المشكلة التي بين أيدينا . فقد جعل الرسول الأمر من باب تغيير المنكر ، وبذلك أدخله في نطاق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . وإذا تجاوزنا في نظرنا إلى الموضوع عن القول بأن الأمر والنهي في الحديث ليس على سبيل الإلزام وإنما هو من باب النصح والتوجيه لأن المسألة أكبر من أن يلجأ في حلها إلى مثل هذا التوجيه – إذا تجاوزنا عن مثل هذا القول ، فإنا نجد الحديث صريحاً –

ولتصدع وحدة المجتمع المتمثلة في وحدة الكنيسة الكاثوليكية،حيث ضعفت سلطة البابا إثر انشقاق البروتستانت عليه وعدم رضوخهم لأوامره ، ازدهرت فكرة القانون الطبيعي ازدهاراً كبيراً خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، ويعزى ذلك إلى تكوين الدول الأوربية بشكلها الحديث ، ونمو العلاقات بينها ، وما استلزمه تفكك الكنيسة والدولة الرومانية كلتيهما من البحث عن قواعد تحكم تلك العلاقات المطردة النمو ، ومن ثم كانت مناداة بعض الفلاسفة بوجوب الرجوع في حكم تلك العلاقات إلى قواعد القانون الطبيعي (1). هذا إلى أن نمو قوى الشعوب التي نهضت لكفاح استبداد الملوك وطغيانهم ، والدفاع عن حقوق الفرد وحريته ، وانبثاق فكرة العقد الاجتماعي (2)

— وقاطعاً في إناطة الدعوة إلى تغيير المنكر بالأساليب التي رسمها — بالاستطاعة والقدرة . ولن يكون التغيير مستطاعاً ولا داخلا في مقدور الأمة إلا حيث يكون الوثوق الكامل بالنصر والوصول إلى الهدف ، وإلا حيث يكون الضرر مأمونا وإثارة الفتنة والفرقة والدخول في حرب أهلية داخلية غير متوقع ولا محتمل . ودون الوثوق بالنصر وعند احتمال الضرر الأشد لا يمكن الإقدام على المقاومة باليد ويكتفى بالنصح والتوجيه أو بالصبر والمسالمة . . . وفي ضوء هذا التوجيه يمكن حمل الأحاديث والنصوص الداعية إلى المقاومة على الحالة الأولى وحمل الأحاديث والنصوص الداعية إلى المسالمة على الحالة الثانية . ويبقى كل من الطريقين مفتوحاً يمكن سلوكه إذا أمكن الوصول منه إلى تحقيق غاية الشارع أو صيانة مصالح الأمة .

(1) تزعم تلك الفكرة الفقيه الهولندي **Grotius** حيث عرف قاعدة القانون الطبيعي في كتابه « الحرب والسلام » الذي أصدره عام ١٦٢٥ بأنها « قاعدة يكشف لنا عنها العقل السليم ، ويتحتم علينا بمقتضاها أن نحكم على عمل ما بأنه ظالم أو عادل على حسب اتفاقه مع العقول » .

(2) نادى بهذه الفكرة هوبز **Hobbes** والفقيه الإنجليزي لوك **Locke** والفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو **J. Rousseau** ، وهم وإن كانوا اتفقوا على الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقد الاجتماعي ، إلا أنهم اختلفوا عند تحديد أطراف العقد وأثره . فيرى هوبز أن العقد أبرم بين أفراد الناس جميعاً دون أن يكون السلطان طرفاً فيه ، حيث تنازلوا عن حرياتهم جميعها ووضعوها بين يدي السلطان لكي يعمل على استتباب النظام والأمن بينهم ، ومن ثم كان له أن يستبد بهم لأن الاستبداد خير من الرجوع إلى حالة الفطرة **Etat de nature**. وليس للأفراد أن يتذمروا من أي عمل يأتيه السلطان ، لأنهم عاهدوه على احترام ما يفعل بهم ، والقانون الطبيعي يلزمهم باحترام العهد .

ولكن لوك على عكس ذلك كان متشبعاً بالآراء الحرة ، وكان قد اتخذ من فكرة العقد الاجتماعي أساساً لمناهضة طغيان الملك واستبداده ، والدفاع عن الثورة ، ومن ثم نجده يرى أن العقد أبرم بين الشعب والسلطان على أن يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية —

Contrat Social تغذى هذه القوى المكافحة ، وصل بمذهب القانون الطبيعي إلى ذروة مجده في أوائل القرن التاسع عشر ، حتى لقد تأثر به بعض القوانين الوضعية التي صدرت في تلك الفترة .

٢٣٦ — بيد أن مذهب القانون الطبيعي بدأ ينهار إثر الانتقادات التي وجهت إليه ، وأهمها تضمنه شيئاً من التناقض لقوله بأن قواعد هذا القانون هي قواعد أزلية عامة ثابتة في الزمان والمكان ، مع قوله في ذات الوقت إن عقل الإنسان وتفكيره الذي يكشف هذه القواعد ، مع أن تفكير الإنسان يختلف في طريقته ومداه من شخص لآخر ، كما يختلف باختلاف الزمان والمكان . وكان من نتيجة تلك الانتقادات أن برزت فكرة جديدة لا تخرج عن مفهوم القانون الطبيعي ولكنها تنصب على تطوير فكرته ، وسمي هذا المذهب الجديد بمذهب « القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة » **Droit naturel a la contenu variable** . ويقول أصحاب هذا المذهب إن القانون ، لا شك ، متطور غير ثابت ، ولكن من العبث أن نقرر أن لكل أمة قانونها دون أن ندرك القدر المشترك من الأفكار والمبادىء والأسس القانونية بين جميع الشعوب المتمدينة قديماً وحديثاً ، وعلى هذا أقام ستاملر **Stammler** في

— ليتمتعوا بالجزء الباقي . فإذا أخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب أن يفسخ العقد الذي أبرمه مع السلطان ، وتكون الثورة عليه حينئذ مشروعة — أنظر **John Locke on Politics And Education. Introduction by Howard R. Penniman.**

ولا سيما الفصل المعنون **The Second Treatise on Civil Government p. 71**.

أما روسو فلم يعترف بسلطان إلا الشعب . فالعقد أبرمه أفراد الشعب جميعاً وتنازلوا بمقتضاه عن حرياتهم الفطرية الطبيعية للشعب نفسه لا للسلطان ، إذ لا يوجد سلطان غير الشعب ، واستعاضوا عن تلك الحريات الفطرية بحريات مدنية محدودة ، وأقاموا السلطان وكيلا عنهم لتنظيم أمورهم والإشراف على حماية حرياتهم على الوجه الذي يضمن لكل فرد أن يتمتع بما بقي له من الحرية ، فإذا أخل السلطان بواجبه ، كان للشعب أن يعزله كما يعزل الموكل وكيله إذا أخل بواجب الوكالة . وقد أثرت فكرة روسو تأثيراً كبيراً في نفوس رجال الثورة الفرنسية لايتسع هنا مجال الإفاضة في تبيانه — أنظر في كل ما تقدم عن القانون الطبيعي **Natural Law And The Theory of Society 1500 To 1800 By otto Gierke. Translated With An Introduction By Ernest Barker 1958.** لا سيما الفصل المعنون **The Natural-law Conception of The State p. 59** والفصل المعنون **The Natural-law Theory of Associations p. 62.**

ألمانيا نظريته القائمة على التمييز بين فكرة القانون ومعنى العدالة The Concept of law, the idea of justice ، وفكرة القانون الطبيعى فى هذا المذهب الحديث ، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمعنى العدالة . وبعبارة أخرى ، أصبح القانون الطبيعى بهذا المعنى «مثلا أعلى» يتطلع إليه أفراد كل مجتمع ، فى كل زمان ، ويهدف المشرع إلى أن يصوغ القوانين الوضعية ، ما وسعه الجهد ، على غراره .

نظرية القانون الطبيعى فى ايطاليا

٢٣٧ — نسارع إلى القول بأن كثيراً من الفقهاء المعاصرين قد عادوا إلى القانون الطبيعى فى شكله التقليدى ، وقد بدأت هذه الحركة فى أوائل القرن الحالى ، وأنصارها آخذون فى التزايد . ففى إيطاليا مدارس فكرية — أتباعها ممن قد يسمون بالكاثوليك الأرثوذكسيين — تؤمن بشدة بوجود القانون الطبيعى ، وتقتبس المفاهيم التقليدية للفلسفة المدرسية والقانون الكنسى ، وإن يكن اقتباسها من وجهة نظر حديثة ، بل إنها تذهب إلى أن هناك ، فضلا عن القانون الطبيعى ، قانوناً إلهياً ، وذلك حسب التقليد الكنسى أيضاً :

ومن ناحية أخرى نجد أن ما قد يسمى بالمدرسة المدنية «غير الإكليركية» التى يتبعها معظم الخبراء فى العلوم القانونية ، والسياسية ، ترفض كلية فكرة القانون الطبيعى . وبعض ممثلى هذه المدرسة ، وأشهرهم ن . بوبيو [1] ، يذهبون إلى أبعد من هذا ، ويشنون حملة جدلية نشيطة مدعمة بالمنطق ضد دعاة القانون الطبيعى . وحجتهم الأساسية هى أن القانون الطبيعى ، من الناحية التاريخية ، استخدم لتبرير كل شىء ، ويصدق هذا بالأخص على إ[يطـ]اليا ، فقد حدث فى القرن التاسع عشر أن كلا من الحركات المؤيدة للوحدة القومية ، والنزعات العنصرية ، وتلك المؤيدة لبقاء الدويلات المستقلة المختلفة والنزعات المحافظة ، استشهدت بحجج القانون الطبيعى . ومع ذلك فإن بعض هؤلاء الذين لا يؤمنون بوجود القانون الطبيعى ، يتأثرون أحياناً

(١) جمعت كتابات ن . بوبيو ضد نظرية القانون الطبيعى الجديدة فى مجلد بعنوان : Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico, Milan, Edizioni Comunita, 1965 p. 241 وهو يحوى قائمة ضخمة بالمراجع فى هذا الموضوع فى العالم بأسره .

وانظر أيضاً Piovani, Giusnaturalismo ed Etica Moderna Bari, Laterza, 1961

بالتيارات الفكرية المرتبطة بالمثالية الفلسفية . فهناك مثلا جماعات من الباحثين الذين يؤمنون — بالرغم من عدم قبولهم لفكرة القانون الطبيعى — بأن وراء كل التجارب القانونية مثلا بعض ضوابط دائمة معينة للعدالة . وقد تبنى هذا الرأى فى السنوات الأخيرة وعلى وجه خاص ، فلاسفة القانون الذين يعلنون إيمانهم بالوجودية .

نظرية القانون الطبيعى فى اليابان

٢٣٨ — إن إلقاء نظرة سريعة على التطورات التى طرأت على فلسفة القانون اليابانية خلال العقدين الماضيين ، تكشف عن تعدد غريب فى مسالكها . على أن الذى يهمنا فى هذا المجال هو الدور الصغير نسبياً للمدارس الفكرية اليابانية التقليدية النابعة إما من البوذية أو الكونفوشيوسية أو الشنتوية ، وما إذا كانت بعض المدارس الفكرية الكونفوشيوسية بالذات ، والتى كانت لها الهيمنة فى عهد أسرة توكوتوجاوا ، تشبه نظرية القانون الطبيعى الحديثة أو تشبه الفكر الماركسى ، وهل مهدت بذلك الطريق لهما ؟

الواقع أن الصورة تبدو لأول وهلة من الغموض لدرجة أن يخيل للمرء أنه يستحيل وصفها وصفاً منطقياً ، غير أن التحليل الأدق يوضح أنه ليس من الصعب جداً التعرف على بعض الخطوط الفكرية الرئيسية التى تشكل الاتجاهات الحالية للفلسفة القانونية فى اليابان ، رغم كل تشعباتها الدقيقة . فهناك أولا وقبل كل شىء نظرية القانون الطبيعى التى تعتبر الصورة التومية [1] لها ، كما هو الحال فى كثير من البلدان الغربية ، أكثر فروعها تأثيراً . وإذا كان كوتارو تاناكا [2] — على سبيل المثال — يعتبر واحداً من أبرز دعاة نظرية القانون الطبيعى التومية ، فإن لهذه النظرية أنصاراً يشكلون حلقة واسعة جداً من الباحثين والمشتغلين بالقانون . كذلك فإن نظريات القانون الطبيعى ذات الأنماط الأخرى ، خاصة تلك السائدة الآن بين الباحثين القانونيين غير الكاثوليك فى جمهورية ألمانيا الاتحادية ، تجذب أشياعاً لها من بين الفقهاء الأحدث سناً فى اليابان . ومن الظواهر التى تتميز بها كتاباتهم ، الاهتمام الخاص الذى

(١) نسبة إلى توما الأكوينى .

(٢) الأستاذ السابق للقانون التجارى فى جامعة طوكيو ، وكبير قضاة المحكمة العليا ، ويعمل الآن قاضياً بمحكمة العدل الدولية بلاهاى .

يولونه للافتراضات الأخلاقية . أما مراجعهم المفضلة — فكتابات نيكولاى هارتمان ، وماكس شيلر ، وجوستاف وادروج ، وعدد من المؤلفين الألمان المعاصرين الذين يحاولون بناء علم قيم قانونية جديد على أساس من الأخلاقيات المادية . والعنصر الأساسي الثانى من مكونات الفلسفة القانونية الراهنة فى اليابان هو الماركسية . فالواقع أن العلوم الاجتماعية والإنسانية اليابانية ، تنفرد فى عالم اليوم بأن النظريات الماركسية لاتزال تؤثر فيها بدرجة أكبر منها فى أى مكان آخر باستثناء البلاد التى تشكل هذه النظريات المذهب الرسمى لها . وإذ يعارض معظم الباحثين القانونيين الماركسيين فى اليابان مجرد فكرة الفلسفة القانونية أو الفقهية ، سواء كانت وفق عرف المثالية الألمانية ، أو نظريات عدالة من نمط القانون الطبيعى ، فإنهم يظهرون اهتماماً أكبر بما يعتبرونه علوماً قانونية ، وخاصة الأبحاث الاجتماعية والتاريخية لتطور القانون ، وبالوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للقانون . وبتعبير آخر فإنهم مهتمون بالفلسفة القانونية اهتماماً يمكن وصفه بأنه اهتمام سلبى ، إذ يعتبرونها مجرد شكل آخر للأيديولوجية ، وبناء فوقياً يستند إلى الأسس الاقتصادية المتينة للمجتمع ويتغير بتغيرها . غير أنه بالرغم من أن الباحثين الماركسيين سلبيو الاتجاه بهذا المعنى ، فقد كان لهم تأثير قوى جداً فى التطور الذى طرأ بعد الحرب على الفلسفة القانونية اليابانية ، وخاصة عن طريق نقدهم لنظريات القانون الطبيعى التقليدى من جانب ، ومواقفهم المهتمة بالفلسفة التحليلية من جانب آخر(١) .

القانون الطبيعى فى المذاهب الاسلامية

٢٣٩ — ذكرنا فى الكتاب الأول أن المعتزلة تذهب إلى أن العقل هو الحاكم على الأفعال بالحسن والقبح ، ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع . فهى تقول إذن بقانون العقل ، أى بالقانون الطبيعى ، ولا حاجة بنا إلى مشرع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله . وقلنا إنه يبين من هذا أن القانون الطبيعى الذى بدأ فلسفة عند اليونان ، وأحله الرومان فى قانونهم مستلهمين أحكامه من عقولهم ، ثم ورثته المسيحية ورجال الكنيسة فى العصور

(١) أنظر مقال « اتجاهات علم القانون فى اليابان » بقلم جونيتشى أوى ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، المرجع السابق ص ٦٨ — ٦٩ .

الوسطى فجعلوه القانون الإلهى ، وإن كان يتوصل إليه من طريق الوحى لا من العقل ، عرفه الإسلام ، وزاد المعتزلة أن ميزوا بين القانون الطبيعى والدين ، وجعلوا العقل ، لا الوحى ، هو الكاشف لهذا القانون (١) .

وإذا نحينا العقائد جانباً ونظرنا فى فقه المعاملات ، تجلت لنا فكرة القانون الطبيعى واضحة فى القول بالاستحسان (٢) ، وهو كما ذكرنا ، استنباط الأحكام بطريق ترجيح القياس الخفى على القياس الجلى ، بما يطمئن إليه قلب المجتهد من المرجحات ، دفعاً للحرج الذى يحققه الحكم المستخلص عن طريق هذا القياس الجلى ، فيعدل عنه إلى مبدأ آخر عن طريق القياس الخفى ، يكون أرفق بالناس ، وأقرب للعدل والحسنى . وهكذا نرى أن الاستحسان يوصل أيضاً إلى فكرة القانون الطبيعى ، بمعنى أنه القانون المثالى العادل الذى يجب أن يتغياه كل قانون وضعى .

القانون الطبيعى فى مصر

٢٤٠ — القاضى المصرى لا يلجأ إلى استقراء مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، إلا حين لا يجد حلا للنزاع المطروح عليه ، لا فى التشريع ولا فى العرف ولا فى الشريعة الإسلامية (٣) . وثم فريق من الفقه المصرى (٤) يرى

(١) راجع ص ١٨٢ — ١٨٣ . أما الأشعرية الذين يرون أن الحسن والقبح نسبيان ومن ثم فليس فى مقدور العقل البشرى إدراكهما ، ولا بد من تحديدهما بالشرع ، فما جعله المشرع حسنا فهو حسن ، وما جعله قبيحاً فهو قبيح ، فإن مذهبهم يشبه إلى حد كبير المذهب الوضعى فى الفقه الغربى الذى لا يرى مصدراً للتشريع فى غير إرادة السلطان ، كما هو الشأن فى مذهب أوستن **Austin** ومدرسة تفسير النصوص أو الشرح على المتون **Ecole de L'Exegese**.

(٢) مر بنا أن الاستحسان ليس فى الحقيقة مصدراً تشريعياً مستقلا ، لأن أحكامه إما دليلها القياس الخفى الذى ترجح على القياس الجلى ، أو المصلحة المرسلة التى اقتضت استثناء الجزئية من الحكم الكلى — راجع ص ١٥٥ — ١٥٧ .

(٣) أنظر المادة الأولى من القانون المدنى المصرى والقانون المدنى العراقى .

(٤) يشبه الدكتور عبد المنعم البدراوى إحالة القانون المصرى القاضى على مبادىء القانون الطبيعى ، بما يقضى به القانون السويسرى من أن القاضى عليه حين لا يجد نصا فى التشريع ، أن يطبق القاعدة التى كان ليضعها لو عهد إليه أمر التشريع — مبادىء القانون ص ٢٤٨ .

أن إحالة القاضي على مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يجعل منها مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، إذ لا تعدو هذه الإحالة أن تكون رجوعاً بالقاضي إلى جوهر القانون . أي أن هذه الإحالة لا يقصد بها سوى السماح للقاضي بأن يجتهد رأيه ، فإذا لم تسعفه المصادر السابقة بحكم النزاع المعروض عليه ، وجب عليه أن يفصل فيه مستنبطاً القاعدة التي يراها أقرب إلى تحقيق العدالة .

الفصل الثالث

أدلة الأحكام القانونية الدولية

في الفقه الغربي

٢٤٠م — اختلف الفقهاء حيال أدلة الأحكام القانونية الدولية ، اختلافهم في تحديد مصدر القانون الدولي[1] . ويدور خلاف الفقهاء ، حول مايسمونه بالمصادر ، على تقسيم وحصر هذه المصادر . فمنهم من يقسمها إلى مصادر أساسية أو أصلية ومصادر ثانوية أو احتياطية ، ومنهم من لا يأخذ بهذا التقسيم . كذلك بالنسبة لحصر المصادر يحوم الفقهاء ، في نطاق المصادر الأصلية ، حول ثلاثة هي : العرف والمعاهدات والمبادىء العامة للقانون ، فريق يأخذ بها جميعاً كمصادر للقانون الدولي ، وفريق يكتفي منها بمصدر أو مصدرين . والذين يأخذون بأكثر من مصدر ليسوا على رأي واحد إزاء القوة الملزمة لما يقرونه من مصادر : أهي جميعاً على قدم المساواة أم أن بعضها يتقدم على الآخر ويتمتع بقوة ملزمة يفوق بها على غيره ؟ وخلاف الفقهاء هنا لا يفسره خلافهم حول ما يطلقون عليه المصادر المادية أو الرسمية للقانون فحسب[2] ، بل كذلك إلى الخلط بين المفاهيم المختلفة لكلمة « مصدر » ، ولو أنهم انتقوا لكل مدلول لفظه المناسب لأغنوا أنفسهم من هذا العناء ولتجنبوا التفرع في الخلاف . ويرى الدكتور محمد طلعت الغنيمي[3] أنه لما كان المصدر هو المنبع والأساس المنشىء للقانون الدولي ، وقد انتهى فيه إلى أنه الإرادة الشارعة ، فإن القوالب التي تفرغ فيها هذه الإرادة الشارعة تعتبر أدلة عليها ، وليس ثم مبرر لحصر هذه القوالب في صور معينة ما دام

(١) عبد العزيز محمد سرحان ، القانون الدولي العام ، ١٩٦٩ ص ٥٧ — ٦٣ .

(٢) وهذه هي التي يطلق عليها الدكتور طلعت الغنيمي « المصادر » بمعنى الأساس المنشىء . أما « المصادر » في معنى الأدلة المثبتة أو المحققة فهو يفضل أن يطلق عليها « أدلة الأحكام » أخذاً بعبارة أكثر انطباقاً على موضع الدراسة ، وهو ما نفضله بدورنا لما أسلفنا من أن الدليل الشرعي في اصطلاح الأصوليين هو ما يستدل بصحيح النظر فيه على حكم شرعي عملي .

(٣) الأحكام العامة في قانون الأمم ص ٣٥٣ .

أنها تعبير الإرادة الشارعة . ثم إن هذه الأدلة ، كما قال علماء الأصول ، تنقسم إلى : أصل مطلق وهو ما يستقل بإثبات الحكم فى غير حاجة إلى شىء آخر وراءه ، وأصل مقيد لا يستقل بإثبات الحكم ، بل يحتاج إلى شىء آخر غيره ، فهو أصل من جهة إسناد الحكم إليه ظاهراً ، وفرع من وجه لاحتياجه إلى دليل آخر (١) . وقد نصت المادة (٣٨) من النظام الأساسى لمحكمة العدل على أن « وظيفة المحكمة أن تفصل فى المنازعات التى ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولى وهى تطبق فى هذا الشأن :

(أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التى تضع قواعد تقر بها الدول الدول المتنازعة صراحة .

(ب) العرف الدولى المقبول بمثابة قانون كما دل عليه التواتر .

(ج) مبادىء القانون العامة التى أقرتها الأمم المتمدينة .

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين فى القانون العام فى مختلف الأمم ، ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون . . . » .

وهكذا نجد المادة أخذت بتقسيم الأدلة إلى أصول مطلقة وأصول مقيدة ، فجعلت المعاهدات والعرف ومبادىء القانون العامة أصولا مطلقة ، واعتبرت أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين أصولا مقيدة (٢) . وقبل أن نتوخى التفصيل فى عرض أدلة الأحكام القانونية الدولية . نعرض لهذه الأدلة فى الفقه الشيوعى .

فى الفقه الشيوعى

٢٤١ — يفرق الفقه السوفيتى بين المصادر المادية والمصادر الرسمية . ويقصد بالمصادر المادية الأسباب الحقيقية التى تؤدى إلى نشوء وتطور كل النظم القانونية . ويعزو الفقهاء السوفيت المصادر الحقيقية للقانون إلى التنظيم الاقتصادى للمجتمع (٣) . وهم تمشياً مع مصالح السياسة السوفيتية ، يضعون

(١) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ص ٤٢ .

(٢) يذهب رأى إلى أن المادة (٣٨) لا تعدو أن تكون نصا اتفاقيا ومن ثم فلا قيمة له فى تعداد مصادر القانون على أساس أنه لا يجوز لقاعدة اتفاقية أن تحدد ما هو القانون ، فى حين أن هذا القانون يتكون من قواعد غير اتفاقية تعلو على القواعد الاتفاقية — أنظر
Quadri, R: Cours général du droit international public
مجموعة محاضرات لاهاى ١٩٦٤ ، عدد ٣ ، ج ١١٣ ص ٢٣٥ .

(٣) عبد العزيز سرحان : المرجع السابق ص ٦٣ .

المعاهدات فى مكان الأفضلية بالنسبة للعرف . بيد أن فريقاً منهم يضيف إليها التشريع الداخلى (١) ، وقد تكلم المعجم الدبلوماسى عن مصدر رابع سماه المبادىء العامة أو الأساسية للقانون شارحاً ذلك بأن ثمة مبادىء تحدد الأسس الجوهرية للعلاقات الدولية فى حقبة من التاريخ لها قوة إلزامية غير مستمدة من المعاهدات ولا من العرف . وتوسع بعض الفقهاء السوفيت فى تعداد المصادر الشكلية . فذهب كريلوف ودوردنيفسكى إلى أن هذه المصادر خمسة هى : الاتفاق ، والعرف (٢) ، وقرارات الأجهزة الدولية مثل أجهزة الأمم المتحدة ، والتشريع والعمل المعترف به من قبل الدول ، والمبادىء العامة للقانون (٣) .

١ — العرف Coutume

٢٤٢ — لم يتفق فقهاء القانون الدولى على العناصر التى يتكون منها العرف (٤)

(١) كان كورفين من القائلين بأن القانون الداخلى أساس للقانون الدولى ، ومع ذلك فإنه لم يذكر التشريع الداخلى بين المصادر التى عددها للقانون الدولى .

(٢) وهما يفرقان بين العرف والعادة ، فيعتبران العرف مكونا للقاعدة القانونية فى حين أن العادة ذات صفة إدارية أى غير ملزمة .

(٣) ويقول بعض الفقهاء السوفيت إن المبادىء العامة للقانون ليست مصدراً مستقلا بذاته إذ أن المقصود بها هو المبادىء المستمدة من العمل الدولى والعرف والتى تتحدد على وجه الخصوص بالأحكام القضائية . ورغم هذه الآراء فقد لخص كورفين ، فى أحدث كتبه عام ١٩٥١ ، موقف الفقه السوفيتى من المصادر الشكلية فى أنها هى الاتفاق والعرف .

— هذا ونشير هنا إلى أن فكرة الجزاء فى القانون الدولى ليست من الأفكار المتنازع عليها لدى الفقهاء الشيوعيين الذين يقرون القانون الدولى بصفة المشروعية . كما أن الفقه الإسلامى يعترف بالقانون فى كافة صوره بالمشروعية التى يحميها الجزاء لأن أساسه دينى سماوى . أما فى الفقه الغربى فثم فريق يربط بين واقعية القانون الدولى وبين تعريف القانون المجرد ، مثل أوستن وكلسن ، وعند أصحاب هذا الرأى أن الجزاء عنصر جوهرى للقاعدة القانونية ، وتبعاً فإن القانون الدولى لا يمكن أن يكون قانوناً واقعياً إلا إذا زود بجزاءات . ويتصورها كلسن فى الحرب وأعمال القمع مبرراً ذلك بأن الدول هى الساهرة على تنفيذ أحكام القانون الدولى فى مجتمع دولى لم يتجهز بعد بالأعضاء الوظيفية الملائمة . Kelsen, Hans : Principles of International Law, New York 1959, pp 417—418.
Kelsen, Hans : -A- Legal Process in International order, 1934; -B- Gereral Theory of Law and State, 1945, p. 328 et seq.

(٤) يفرق بعض الفقهاء الغربيين بين تعبيرى العرف Custom ، والقانون العرفى Customery wal ويعتبرون أن القواعد القانونية التى يدل عليها العرف هى التى يجب أن تسمى القانون العرفى .

Custom ويرجع اختلافهم إلى عدم قبولهم لتعريف موحد للعرف . ويجمع أغلب الفقهاء على أن العرف هو « مجموعة من الأحكام القانونية نشأت من تكرار التزام الدول لها فى تصرفاتها مع غيرها فى حالات معينة بوصفها قواعد ثبت لها فى اعتقاد غالبية الدول المتحضرة وصف الإلزام القانونى[1] » ، وقد اختلف الفقهاء حول تكييف العرف ، فالقائلون بأن المصدر المنشىء للقانون مصدر طبيعى يرون أن العرف ليس إلا إفصاحا عن قاعدة قانونية قائمة فعلا وسابقة فى الوجود على العرف ، على خلاف بينهم فى طبيعة تلك القاعدة . فأنصار المذهب الطبيعى يرونها قاعدة من قواعد القانون الطبيعى[2] وأنصار المذاهب الغرائزية [3] ، يرونها قاعدة يوحى بها التضامن أو توحى بها البيولوجية البشرية . وقريب من هذا التكييف للعرف ، الفريق من فقهاء المصدر الوضعى الذى يجعل إرادة الدولة هى مصدر القانون ، فقد ذهب إلى أن العرف هو تعبير عن الرضاء الضمنى للدول[4] **tacite convention** وهم بذلك يقابلون بين العرف وبين المعاهدات لأنها تعتبر فى رأيهم تعبيراً عن الرضاء الصريح للدول .

وقد أخذت محكمة العدل الدولية فى بعض أحكامها بقاعدة عرفية إقليمية ، ومن ذلك حكمها فى قضية « حق المرور على الإقليم الهندى » **Right of Passage on Indian Territory** حيث قالت : **« ... The Court,**

(١) وفى معرض تعريف العرف قال **Negulesco** القاضى السابق بمحكمة العدل ، فى الرأى الاستشارى رقم ١٤ بشأن اختصاص اللجنة الدولية الدانوب ما نصه **La Coutume internationale .. n'a pu se produire car il n'y a ni faite repétée depuis un temps immémorial, ni conscience juridique commune.**

(٢) راجع **Le Fur : Le droit naturel ou objectif s'étend-il aux rapports internationaux** — مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن ١٩٢٥ ص ٥٩ .

(٣) يقصد بالمذاهب الغرائزية ، المذاهب التى تقيم الأساس الملزم للقانون على الغريزة سواء كانت اجتماعية عند ديجى أو بيولوجية عند سيل ، وهى التى يطلق عليها الدكتور الغنيمى « المدارس الاجتماعية » — المرجع السابق ص ٣٧٦ .

(٤) راجع **Despagnet : Cours de droit international public, 1910.** وقد اعتنقت محكمة العدل هذا الرأى فى منازعة اللوتس **Série A. No. 10, p. 28** وهى بصدد بحث اختصاص النظام القانونى للدولة حيث قالت : **«Les régles de droit liant les Etats procédent de la volonté de Ceux-ci»**

in view of all the circumstances of the case, satisfied that the practice was accepted as law by the parties and has given rise to a right and a correlative obligation »[1] .

٢٤٣ — وقد يكون القضاء الدولى هو نفسه مرجعاً لإثبات العرف الدولى ، ومثال ذلك حكم محكمة العدل الدولى الدائمة فى منازعة اللوتس ، والذى اعترف للنظام القانونى الداخلى بالإختصاص الخالص فى نطاقه الإقليمى . وكذلك يعتبر حكم المحكمة [2] الذى قرر أن مبدأ حرية البحار هو إفصاح عن قاعدة قانونية دولية ، من قبيل الأحكام التى يرجع إليها لإثبات قيام قاعدة عرفية فى ذلك الخصوص .

وقد نجـد العرف فى صورة قاعدة من قواعد القانون الداخلى ، ومثل ذلك الكثير من القواعد المتعلقة بالبحر العام والبحر الإقليمى والموانى البحرية .

كذلك يمكن أن نجد فى أحكام القضاء الداخلى تطبيقاً لقواعد عرفية دولية ، ومثال ذلك رأى مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٠ نوفمبر ١٨٠٦ المتعلق بممارسة الدولة لاختصاصها الجزائى حيال الجرائم التى ترتكب على ظهر السفينة الأجنبية فى المياه الإقليمية الفرنسية .

ويجوز أيضا أن يكون الفقه وسيلة لإثبات العرف كما قالت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى المنازعة المعروفة باسم **Paquette Habana** حيث ذكرت المحكمة أن المحاكم إنما تستعين بأقوال الفقهاء ليس فقط لكى تتعرف على الآراء النظرية التى يعلق بها هؤلاء الفقهاء على ما يجب أن يكون عليه القانون الدولى بل كذلك لكى تتعرف على ما فيها من إفصاح عن القانون القائم .

٢٤٤ — ونحن إذا أنعمنا النظر فى الأمر نجد أن مشكلة إثبات القانون مشكلة عملية وليست قانونية ، لأن المفروض أن المحكمة تعلم القانون وعليها أن تطبقه حتى ولو سكت أطراف المنازعة أو لم يقدموا أى دليل بالمعنى العادى للدليل ، وإن كان الأفضل لصالح طرف المنازعة أن يساعد المحكمة على التعرف على القانون

(١) **I.C.J. Reports, 1960, p. 61.**

(٢) **Série A. N 10, p. 2.**

ولا سيما إذا كان الأمر يتعلق بقاعدة عرفية إقليمية . وقد قالت محكمة العدل في قضية الملجأ ما نصه : « The party which relies on a custom of this Kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other party ».

٢ — المعاهدات

Treaties — Traités

٢٤٥ — تنتزع المعاهدة الدولية ، بصورة متزايدة ، مكانة العرف كدليل لأحكام القانون الدولي ، بعد أن كانت تتوارى في زوايا القانون قبل القرن التاسع عشر . وتقف من وراء هذه الأهمية المتصاعدة : الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر التي تطلبت تنظيماً دولياً شهدنا مظاهره في ذلك العدد المتزايد ، كما وكيفاً ، من المنظمات الدولية ، مثل الأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير والجماعات الأوروبية ، وغير ذلك كثير . فقد غدت المعاهدة — بوصفها أقرب بديل في الحياة الدولية للتشريع الداخلي — أداة لا غنى عنها لتحقيق علاقات التعاون الدولي وما يتطلبه من ترتيب وتنظيم يصعب على العرف الدولي أن يواليه بالملاءمة المرجوة . فاستثمار الموارد الطبيعية وتحقيق حد أدنى من ظروف العمل المناسبة وتنظيم وسائل المواصلات — هذا وغيره مما يضيق عنه الحصر — لا تواتيه إلا المعاهدة . بل إن مجالات كان العرف الدولي التقليدي يحتكرها ، مثل قيود الحرية في البحار والمياه الإقليمية والجرف القاري وحق المطاردة hot pursuit ، أصبحت تنحو إلى تنظيم بطريق الاتفاقات الدولية [١] .

(١) يستعمل الفقه عدة تعبيرات كرادف لتعبير « معاهدة » أو مشتق منه . والتعبيران اللذان يستحقان بعض البيان هنا : تعبير بروتوكول Protocol ويستخدم أحياناً للإشارة إلى وجيز مفاوضات أجريت بشأن معاهدة ما ، ولكنه يستخدم في الأغلب الأعم للتدليل على وثيقة ملحقة مكملة لمعاهدة تسجل تمشي الطرفين بشروط المعاهدة أو تمد نطاق وتفسير المعاهدة ، وتعبير الوفاق البابوي Concordat وهو وفاق يبرم بين البابا وبين رئيس دولة بهدف حماية مصالح الكنيسة البابوية في الدولة المعنية . كذلك من التعبيرات التي ترد في لغة السياسة تعبير gentleman agreement وهو اتفاق يتم بين القائمين بالشئون الخارجية لدولتين أو أكثر يثبتون فيه المنهج الذي يرون أن تنتهجه دولهم بالنسبة لأمر دولي معين ، لكن دون أي ارتباط قانوني بينهم . وظاهر أن مثل هذه الاتفاقات ، لخلوها من الصفة الإلزامية ، لا تعتبر من قبيل المعاهدات ولا تخضع لحكمها — أبو هيف ص ٥٨٠ .

وتتمثل تلك المكانة البالغة للمعاهدات في الإرادة الصلدة التي تذرعت بها الجماعة الدولية لتسلك سبيلا شائكة حتى تقنن المبادىء العامة للمعاهدات ، ويحجبني الإيجاز عن إيراد الجهد الذي بذلته الجماعة الدولية في هذا المجال [١] .

٢٤٦ — والمعاهدة هي وفاق ذو طبيعة اتفاقية بين أشخاص القانون الدولي بقصد خلق حقوق والتزامات ، دون أن يشترط فيه ، لإحداث هذه الآثار القانونية ، أن يفرغ في شكل معين [٢] . وقد تحوي الاتفاقات الدولية القواعد العرفية ، مثل تصريح باريس في ١٢ إبريل سنة ١٨٥٦ عن الحرب البحرية ، والتسويات التي عقدت بين سويسرا من جهة وبين عصبة الأمم عام ١٩٢١ وعام ١٩٢٦ ، والأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية عام ١٩٤٦ من ناحية أخرى ، وذلك فيما يتعلق بما للمنظمات الدولية ، وما لكبار موظفيها من مزايا وحصانات . هذا ومراعاة الدول لأحكام دستورها أو قانونها الداخلي في إصدار التصديق أو عدم مراعاتها لذلك ، أمر لا يؤثر على سريان المعاهدة في المجال الدولي ، ولا يقلل من التزام الدولة بها طبقاً للقانون الدولي ، ومن ثم لا يقبل من الدولة التي لم تراع تلك الأحكام أن تتحدى بجهلها بها للتحلل من الالتزامات التي تفرضها عليها المعاهدة

ونظراً لأن المعاهدة ذات طبيعة تعاقدية ، فإننا يجب أن نحذر من الخلط بينها وبين وثائق أخرى قد تكون قريبة منها ولكنها ليست معاهدة ، ولا سيما أن الفقهاء يستعملون عدة تعبيرات في تسمية المعاهدة مثل العهد والوفاق والميثاق [٣]

(١) أنظر قصة هذا الجهد في « الأحكام العامة في قانون الأمم » للدكتور الغنيمي ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

(٢) أنظر في المراحل الشكلية التي تمر بها المعاهدة قبل إبرامها وفي أقسامها من حيث التحرير — حامد سلطان ، القانون الدولي العام ص ٢٠٨ — ٢١٣ .

(٣) عرف وفاق فينا المعاهدة — في مقصود أحكامه — بأنها « An international agreement concluded between states in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation ».

— والذي عليه العمل الأنجلوسكسوني هو أن الوفاق لا يكون معاهدة إلا إذا أبرم عن طريق وزارة الخارجية ، وإذن فما يعقده وزير التجارة مثلا لا يعتبر معاهدة بل يخضع للقانون الخاص ، اللهم إلا إذا كان وزير التجارة قد خول عن طريق وزارة الخارجية سلطة إبرام المعاهدة .

وهناك الوعد بالتعاقد ، وهو لا يحرم أطرافه من سلطتهم التقديرية في التصديق على المعاهدة الملزمة ، لأنه إلى ذلك الأوان إنما يخول حقوقاً مجردة فحسب .

وهناك الوفاق الشفوي ، وهو لا يعتبر بمثابة معاهدة ، وإن كان هذا لا يعني أنه مجرد —

ويجدر التنبيه إلى أن أحكام الاتفاقية كلها أحكام مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين ، بمعنى أن للطرفين أن يستبعدا تطبيقها فى علاقاتهما المتبادلة .

وثمة أحكام خاصة ببطلان المعاهدة للخطأ أو الغش أو فساد ممثل الدولة ، وثمة أحكام أخرى خاصة بقواعد النظام العام ، يحتاج شرحها إلى الاستفاضة التى يضيق عنها نطاق هذا المؤلف ، ومن ثم فإننا سنوجز الكلام عنها بعد حين .

التصريحات Declarations

٢٤٧ – قد تصدر حكومة ما تصريحاً بإرادتها المنفردة بدلا من أن تبرم وفاقات ثنائية أو جماعية. والتصريح قد يكون شفاهة وقد يكون مكتوباً . كما أنه قد يكون انفرادياً وقد يكون ثنائياً أو جماعياً . ومثل هذا التصريح الموجه إلى دولة أخرى يمكن سحبه قبل أن تقبله الدولة الموجه إليها . وثم رأيان

= من كل معنى قانونى . فقد ذهبت محكمة العدل إلى أن وزير الخارجية يمكن أن يلزم دولته بمعاهدة عن طريق الألفاظ فحسب أى بتصريح شفوى ، ولو من جانب واحد – أنظر قضية **The Ihlen Declaration in the Eastern Greenland, P.C.I.J. Ser. A/B, No 53 p. 70.**

– ويبدو أن الذى ساعد المحكمة على اعتناق هذا النظر ، هو أن الدستور النرويجى يسمح باعتبار التصريح الذى يناقش فى مجلس الوزراء بمثابة معاهدة . بيد أن هذا لا يستتبع النظر إلى الارتباطات الشفوية – حتى ولو كانت من رئيس الدولة – على أنها معاهدات ملزمة .

وهناك أيضاً العقود ذات الطبيعة الخاصة الظاهرة ، وهو اتفاق تعقده الدولة مع هيئة خاصة يجرى التفاوض عليه فى ظروف تجعل من هذا الاتفاق ، القانون الذى ينظم علاقة الدولة بهذه الهيئة الخاصة ، ومثالها عقود الامتياز البترولى ، إذ تسعى شركات البترول جاهدة لتطبيق أحكام القانون الدولى على هذه العقود حماية لأنفسها من احتمالات الخضوع القانون الوطنى . ولذلك نجد بعض هذه العقود ينص على أن الذى يطبق عليها هو مبادىء القانون الدولى ، ومن هنا كان التساؤل حول طبيعة هذه العقود . وإذا استثنينا الحالات التى يختار فيها الأطراف تطبيق القانون الدولى كقانون أساسى أو كقانون احتياطى يطبق على العقد ، فليس ثمة أساس للقول بأن العقد الذى يبرم بين الدولة والفرد أو الهيئة المعنوية يجب أن يخضع للقانون الدولى . وقد رفضت محكمة التحكيم ، فى النزاع الذى ثار بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو ، ادعاء الشركة بأن عقد الامتياز البترولى يتماثل مع المعاهدة الدولية ويحكمه قانون الشعوب ، وقررت المحكمة أنه طالما أن العقد أبرم بين الدولة وشركة أمريكية خاصة ولم يبرم بين دولتين ، فإن القانون الدولى لا ينظمه – أنظر فى تفصيل هذا الموضوع الدكتور الغنيمى ، المرجع السابق ص ٤٠٢ – ونص حيثيات الأحكام التى أوردها فى الهوامش .

آخران : رأى بأن التصريح الانفرادى يعتبر ملزماً بمجرد صدوره بغض النظر عن سلوك أية دولة أخرى ، وآخر بأنه لا يصبح ملزماً إلا بعد أن يبلغ للدولة الأخرى . بيد أن حسن النية هو الذى يحكم مثل هذه التصريحات فى جميع الأحوال . والملاحظ أن التصريحات أصبحت ، فى السنوات الأخيرة ، صورة غير مباشرة للاتفاق على التزام ضمن إطار قانون المعاهدات الجارى ، ومثالها التصريحات الخاصة بقبول الاختصاص الإلزامى لمحكمة العدل ، فهى تخلق التزامات قانونية بين الدول التى تصدر عنها ولو أنها ليست موجهة من أى منها إلى الدول الأخرى مباشرة . وقد ذهبت اللجنة الرابعة فى مؤتمر سان فرنسسكو عام ١٩٤٥ ، إلى أن الوفاقات التى تجرى بإرادة منفردة وتكون ذات طبيعة دولية ، تعتبر بمثابة معاهدات صالحة للتسجيل إذا قبلتها الدول التى صدرت التصريحات لصالحها .

نظرية المعاهدة فى الفقه الاسلامى

٢٤٨ – تذهب النظرية التقليدية فى الفقه الإسلامى إلى أن الجهاد المقدس هو الذى يحكم علاقة المسلمين بغير المسلمين ، ولكنها لا تتابع منطقها إلى نهايته إذ تقر بمكنة إبرام معاهدات مع العدو إذا دعا إلى ذلك تغليب مصلحة الأمة الإسلامية . وتأذن بتلك الآية الكريمة « كيف يكون للمشركين عهد عند الله وعند رسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين » . وتؤيد السوابق حكم هذه الآية ، فقد سن الرسول السابقة التقليدية بإبرام صلح الحديبية الذى اتخذ منه فقهاء المسلمين نموذجاً يحتذى وأساساً لسن أحكام المعاهدة .

وفى حديث رواه الطبرى (١) عن الرسول الكريم أنه قال : « إن المسلمين سيبرمون معاهدة مع الروم » . ومن ثم فقد استند الفقهاء إلى القرآن والسنة فى إجازة عقد معاهدة سلام مع العدو إذا كان ذلك يخدم مصالح المسلمين . وبهذا الاتفاق ، وبما جرى عليه عمل الخلفاء الراشدين ، أصبحت نظرية المعاهدة (٢) جزءاً من النظرية الإسلامية فى القانون الدولى .

(١) كتاب الجهاد وكتاب الجزية وأحكام المحاربين من كتاب اختلاف الفقهاء ص ١٥ .

(٢) والمعاهدة عند فقهاء المسلمين هى وفاق على تصرف معين محله خلق آثار قانونية ، فهى عبارة عن تلاق عرض وقبول . وهم يضعون – على خلاف المنهج الحديث – مسميات =

٢٤٩ — وإذا تم إبرام المعاهدة مستوفية لشروطها فإنها تلزم الدولة الإسلامية وتكون واجبة الوفاء . ويشهد التاريخ الإسلامي بدقة المسلمين في مراعاة عهودهم وتنفيذها بأمانة وحسن نية ، ذلك أن الوفاء بالمعاهدة ليس واجباً قانونياً وسياسياً فحسب ، بل هو كذلك واجب ديني « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » . « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا » ، والعهد لا يجوز نقضه إلا إذا بدرت بوادر الخيانة من الطرف الآخر أو نكل عن التزامه . ويذهب الفقهاء إلى أن الإمام الذى يبرم معاهدة تضر بالمسلمين يعتبر أنه قد خرج عن سلطته الدستورية ، ومن ثم فإن المعاهدة تصبح باطلة [1] .

وتنتهى المعاهدة ، في النظرية الإسلامية ، بأسباب كتلك التي تنتهى بها المعاهدة في الفقـه الدولى الحديث ، عدا معاهدة الذميين فإنها دائمة بطبيعتها ولذلك تظل معمولا بها حتى ولو انتهك الذمى التزاماته لأنها عهود أمان ذات طبيعة دستورية ، ومن ثم فإن الذمى الذى ينكل عن القيام بالتزاماته يعاقب ، وتبقى المعاهدة نافذة [2] .

وإذا كان الإمام مأموراً بأن يحترم عهوده ، فإن هذا لا يعنى أن عليه أن يحترم العقد الذى يبرمه ولو تغيرت ظروفه الجوهرية تغيراً أساسياً ، بل إن عليه في هذه الحالة أن يرعى المصلحة العامة ، وهذا هو الإنباذ الذى

— محدودة للأنواع المختلفة من المعاهدات ، منها المراوضة وهى وفاق مؤقت لتسوية نقاط أولية ، والموادعة وهى وفاق سلام يتعهد عاقدوه بأن يكفوا عن أى عمل من أعمال العدوان أو الاستثارة ضد بعضهم البعض ، والمهادنة ومثالها صلح الحديبية ، والأمان وهو عهد يؤمن الحربى على حياته وماله لفترة معلومة ، ويقتصر حق منح الأمان للجماعات على إمام المسلمين — والحلف وهو معاهدة بين دولتين تنظم العلاقات بينهما تنظيماً شاملا ، والمساندة وهى تماثل الأحلاف العسكرية المعاصرة ، والفداء وهى معاهدات عرفت في العصر العباسى بقصد الإفراج عن أسرى الحرب — أنظر فيما تقدم : صبح الأعشى القلقشندى ، والتنيمى ، المرجع السابق ص ٤٩٣ — ٤٩٧ ، Fattal, Antoine : Le statut Légal des Non-Musulmans en Pays d'Islam, Beyrouth 1958, pp. 18 et seq.

(١) ابن قدامه ، المغنى ، القاهرة ١٣٧٦ هـ ، جـ ٣ ص ٤٥٩ — ٤٦٠ .
— وقد أخذ مؤخراً وفاق قانون المعاهدات بالرأى الذى تبنته النظرية الإسلامية في هذا الخصوص .

(٢) Khadduri, Majid : War and Peace in the Law of Islam, Baltimore 1955, pp 221—22.

قال فيه تبارك وتعالى « وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء » . وكل ما على الإمام في هذه الحالة أن يخطر الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد ، ثم يترك له مهلة يستطيع فيها أن ينقل هذا الخبر إلى مختلف أرجاء الدولة ، وكأن النظرية الإسلامية تأخذ — في صدد شرط بقاء الأوضاع على حالها — بالرأى الذى يسمح لأى من الطرفين ، إذا تحققت أوصاف الشرط — أن ينهى المعاهدة بإرادة منفردة بعد مهلة معقولة من إخطاره الطرف الآخر بذلك [1] .

أثر المعاهدات في الفقه الوضعى

٢٥٠ — المعاهدات ملزمة لأطرافها إلى أن تنقضى بسبب من أسباب الانقضاء [2] ، ولذا فإن على أطرافها مراعاة أحكامها في العمل ، ثم إن المحكمة الدولية لا بد أن تأخذها بعين الاعتبار في تحديد القانون الذى يحكم علاقة الطرفين . وتفرض المعاهدة التزاماً على أطرافها بتنفيذها بحسن نية ، وتنصرف آثارها — ما لم يوجد نص مخالف — إلى أنحاء الدولة كافة (المادة ٢٩ من وفاق قانون المعاهدات) .

أما بالنسبة لغير أطراف المعاهدات ، فإن النظرة إليها على أنها ارتباطات عقدية ، أدى إلى تطبيق المبدأ المعمول به في القانون الداخلى والذى يقضى بأن العقد لا يمكن أن يضر الغير أو يفيده . وأخذاً بهذا المبدأ قالت محكمة العدل في قضـية « بعض المصالح الألمانية في سيليزيا العليا البولندية » إن المعاهدة تخلق قانوناً بين الدول الأطراف ، ولا يمكن أن نستنبط منها — في حالة الشك — أية حقوق لصالح دولة غير [3] A treaty only creates

(١) التنيمى ، المرجع السابق ص ٥٠١ . وهذا الفقيه يرى أن الآيات التى يستند إليها الفقهاء في الزعم بأن المعاهدات يجب أن تكون مؤقتة ، وهى التى نزلت في سورة التوبة ، لم تأت بحكم يتعلق بتوقيت المعاهدات ، وإنما جاءت تطبيقاً لفكرة تغير الظروف ، وأن التطبيق الإسلامى للآيات ، مع التسليم الجدلى بتفسير الفقهاء ، قد أخذ بنظرة أن المعاهدات التى يجوز أن يرد عليها مبدأ تغير الأوضاع هى المعاهدات غير المحددة بأجل معين .

(٢) قد تنقضى المعاهدة بسبب زوال الشخصية القانونية للدولة ، كما قد يكون لقطع العلاقات الدبلوماسية والقنصلية أثر على المعاهدات — أنظر المادة ٦٣ من وفاق قانون المعاهدات .

(٣) وثمة معاهدات تحتوى شرطاً لمصلحة الغير كافة ، مثل المعاهدات الخاصة —

law as between the states which are parties to it ; in case of doubt, no right can be deduced from it in favour of third states» P.C.T.J, ser. A, No. 7, 1926, p. 29.

شروط اعتبار المعاهدة

٢٥١ ــ يعالج الفقهاء شروط اعتبار المعاهدة عادة تحت عنوان عيوب الإرادة أو أسباب عدم مشروعية المعاهدة . والكلام عن عيوب الإرادة فى نظرية المعاهدة يشهد بحقيقتين : الأولى ، أن المعاهدة ليست مصدراً خلاقاً للقانون ، لأن المصدر الذى يخلق القانون يملك إرادة إنشائية ، وتبعاً فلا محل للكلام عما يعتور إرادته من عيوب . والثانية ، أن فقهاء القانون الدولى لا زالوا متأثرين بأفكار القانون الخاص من نظرتهم إلى المعاهدة على أنها عقد ، فهم يستعيرون من القانون الداخلى ــ فى خصوص المعاهدة ــ الأفكار الرئيسية التى تحكم نظرية الالتزام المدنى ، فتراهم يشترطون لاعتبار المعاهدة ما يلى :

ــ بالمواصلات وبالمنظمات الدولية ، وأخرى تتضمن اشتراطاً لمصلحة فئة محددة ، ومثالها المعاهدات التى تضع نظاماً خاصاً بالإقليم ، والمعاهدات التى تقرر حصانات وامتيازات لبعض المنظمات الدولية .

ــ ويرى الدكتور الغنيمى أن الذين يرون فى المعاهدة عقداً تكبر على أنفسهم فكرة انصراف آثارها إلى غير أطرافها ، وأولئك الذين يرون فيها تشريعاً يعجبون من قول التقليديين ، والحال أن المعاهدة ليست عقداً وليست تشريعاً وإنما هى دليل من أدلة الأحكام أو أصل من الأصول الشرعية ، ومن ثم فإن اقتصار حكمها على أطرافها أو انصراف هذ الحكم إلى الغير لا تحكمه أفكار القانون الخاص التى يتشبث بها الفقهاء فتحيد بهم عن جادة الصواب ، لأن الدور الذى تؤديه المعاهدة فى المجتمع الدولى يختلف عن الدور الذى يؤديه كل من العقد والتشريع فى القانون الداخلى . وما دام أن المعاهدة دليل من أدلة الحكم القانونى فإن أمر انصراف أثرها إلى غير أطرافها هو مسألة تفسيرية لا ترجع إلى طبيعة المعاهدة وإنما ترجع إلى ما دلت عليه المعاهدة ، بمعنى أن الأمر فى المعاهدة ونطاق تطبيقها هو من المسائل التى تحل على هدى من فكرة جزئية ــ أى إقليمية ــ القانون الدولى وعالميته . فإن دلت المعاهدة على أن أحكامها جزئية أو إقليمية التطبيق فإن هذه الأحكام تقتصر على العاقدين ، وإن دلت على أن أحكامها عالمية التطبيق فإن هذه الأحكام تمتد إلى المعنيين . ونحن فى الحالين أمام قاعدة قانونية خلقتها الإرادة الشارعة ولم تخلقها المعاهدة ، ونحن فى الحالين نستمد من المعاهدة الدليل على قصد الإرادة الشارعة ، ونحن فى الحالين لا نتكلم عن عقد أو تشريع وإنما نتكلم عن النطاق الشخصى للمعاهدة لا عن أثر المعاهدة حتى نضع بذلك المشكلة فى إطارها الصحيح . وعندئذ نقول إن من المعاهدات ما ينحصر نطاقها فى عاقديها ومن المعاهدات ما يمتد نطاقها إلى غير عاقديها ــ المرجع السابق ص ٤٩١ ــ ٤٩٣ .

١ ــ أن يخلو الوفاق من الخطأ والغش . فقد اتفق الفقهاء على أن المعاهدة التى تبرم كنتيجة لخطأ فاحش ، سواء تسبب فى هذا الخطأ ظروف لا تنبئ عن إهمال ــ قبل الطرف المغشوش ، أو تسبب فيها غش الطرف الآخر fraud ــ تصبح لاغية . إن الخطأ الذى يسبب بطلان المعاهدة هو الخطأ الذى يمس جذور المعاهدة ذاتها ، ويكون من الجسامة بحيث إن الطرف المغشوش ما كان يبرم المعاهدة لولا وقوعه فى هذا الخطأ [(١)] . وقد لمست محكمة العدل الدولية الدائمة مسألة الخطأ فى قضية المركز القانونى لجرين لاند الشرقية ، وناقش القاضى أنزيلوتى ــ فى رأيه المعارض ــ فكرة الخطأ ، وانتهى إلى عدم توافر خطأ ، وأنه حتى لو كان هناك خطأ فإنه ليس من الجسامة بحيث يرتب بطلان الوفاق[(٢)] .

٢ ــ ألا يتم الوفاق تحت تأثير الإكراه . وفى ذلك يقول الفقهاء إن استخدام القوة ضد مفوض الدولة يفسد المعاهدة . والمثل الذى يضربونه لذلك هو معاهدة مارس سنة ١٩٤٩ بين ألمانيا وتشيكوسلوفاكيا [(٣)] . وقد استندت الباكستان إلى الإكراه كأساس لإنهاء اتفاق ٤ مايو سنة ١٩٤٨ بشأن نهر اندوس . كذلك فإن معاهدات السلام التى تملى تحت سيف المنتصر هى معاهدات موقوفة بالبطلان . وفى تعليل ذلك يقول الفقهاء إن الحرب كانت مشروعة من قبل ، ومن ثم فإن معاهدات السلام التى تترتب على

(١) قال اللورد سمنر Sumner فى قضية The Blonde إن الرضاء ذاته جوهرى للوفاق الدولى كما هو الحال بالنسبة للعرض والقبول فى القانون الداخلى . وقد أشير إلى أثر الخطأ فى حكمى تحكيم كانت بريطانيا طرفاً فيهما منشورين فى **Herlslets : Map of Africa by Treaty, 31 ed. 19, p.p. 895—898 and 997.**

ــ هذا وتنص المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة .

على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة ، أو التى تتعلق بحقوق السيادة ، أو التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة فى الموازنة ، تجب موافقة مجلس الشعب عليها .

(٢) عالج وفاق قانون المعاهدات الخطأ والغش فى مادتى ٤٨ ، ٤٩ .

(٣) هذه المعاهدة أبرمت فى ظل الاحتلال الألمانى الفعلى لتشيكوسلوفاكيا ، فإن صح الكلام عن إبطالها فإنما يستند ذلك إلى عدم مشروعية هذا الاحتلال وليس إلى الإكراه الذى قيل إنه تحقق ضد رئيس الدولة .

هذه الحرب كانت مشروعة بدورها ، أما الآن وقد أصبحت الحرب غير مشروعة فان النظرة إلى معاهدات السلام يجب أن تختلف[١] .

٣ ــ أهلية الدولة لإبرام المعاهدات . ذلك أن الدولة شخص معنوى ، فطبيعى أن يكون أول ما يثور فى الذهن هو التساؤل عمن له حق الاختصاص بإبرام المعاهدات باسم الدولة ، وهل القانون الدولى هو الذى يحوى القواعد التى تحدد ذلك الاختصاص أو أنه يحيل فى هذا الأمر إلى القانون الداخلى للدولة المعنية .

يقول تشيلى **Chailley** إن القانون الدولى لا يحتوى على قاعدة عامة فى هــذا الخصوص وإنما يحيل الأمر ــ فى تحديد الاختصاص بإبرام المعاهدات ــ إلى دساتير الدول المختلفة [٢] . فاذا ما أرادت دولة أن تبرم معاهدة مع دولة أخرى فعليها أن تتعرف على السلطات المختصة دستورياً فى الدولة المعنية بإبرام المعاهدات . وهذا معناه ــ فى تعبير آخر ــ أن هناك مبدأ فى القانون الدولى يحيل فى تحديد الجهاز المختص بالمعاهدات ، إلى القانون الدستورى . ورغم اختلاف الفقهاء حول فحوى قاعدة القانون الدولى التى تعيّن السلطات المختصة بإبرام المعاهدات ، فإن هناك شبه إجماع على توافر قاعدة دولية بهذا المعنى . كما أن معظم الفقهاء الآن يرون أن دستور الدولة أو نظامها الداخلى ، هو الذى يحدد ، كمسألة من مسائل القانون الدولى ، السلطة المختصة بإبرام المعاهدات . ويمكن ، على هدى من هذا ، تقرير المبادىء الآتية :

١ ــ المعاهدة التى يبرمها جهاز غير مختص بإبرام المعاهدات ، أو بإبرام هذا النوع من المعاهدات ، أو جهاز لا يراعى المتطلبات الدستورية ، كعدم الحصول على موافقة الجهاز التشريعى ــ لا تكون ملزمة للدولة ،

(١) يرى الدكتور النجمى أن ما يقول به الفقهاء من العيوب ــ أخذا من نظرية العقد ــ هو قول بعيد من أن يعالج مسائل واقعية ، فضلا عن تناقضه مع المفهوم الصحيح لنظرية المعاهدة ــ المرجع السابق ص ٤٤٢ .

ــ هذا ونشير إلى أن وفاق قانون المعاهدات اعتنق الرأى الغالب فأخذ بفكرة إبطال المعاهدة للإكراه الذى يمارس ضد المفوض أو ضد الدولة ذاتها وذلك فى مادتيه ٥١ ، ٥٢ .

(٢) **Chailley, p. : La nature Juridique des traités internationaux Selon le droit contemporain, paris 1932, p. 180.**

وذلك مع مراعاة أنه يكفى أن يكون الجهاز الذى أبرم المعاهدة مختصاً بإبرام المعاهدات ، أو هذا النوع من المعاهدات ، وأن يدعى أن هذه المعاهدة تتمشى مع أية متطلبات دستورية تتعلق بالموضوع ، حتى يعفى الطرف الآخر من بحث ما إذا كان الجهاز مخولا حقاً بإبرام المعاهدة المعنية ، أو ما إذا كانت المتطلبات الدستورية قد روعيت .

٢ ــ الدولة التى تنازع فى مشروعية معاهدة أبرمت باسمها ، يمكنها أن تدفع بالنصوص الدستورية التى تتعلق بالاختصاص بإبرام المعاهدات ، أو بالشكل الذى صيغت فيه المعاهدة ، ، إذا كانت المخالفة صارخة أو كان يمكن التعرف عليها بمجرد الاستفسار .

٣ ــ تسأل الدول عن خطأ دولى إذا أكد وزير خارجيتها ، المختص بمباشرة المفاوضات الدولية ، لحكومة دولة أجنبية أن معاهدة بعينها تقابل المتطلبات الدستورية ، ثم بعد ذلك نازعت هذه الدول فى مشروعية المعاهدة دستورياً[١] .

بقى أن نتكلم ، فى صدد من له أهلية إبرام المعاهدات ، عن صورتين تستحقان الإشارة ، ألا وهما : حكومة الثورة وحكومة المنفى .

حكومة الثورة Revolutionary Government

٢٥٢ ــ بدهى أن الفوضى إذا سيطرت فإنه يتعذر التوصل إلى جهاز له ــ طبقاً للقانون الدولى ــ حق إبرام المعاهدات ، ذلك أنه لا بد من توافر حد أدنى من الظروف للسلطة التى يمكن قانوناً أن تتحمل الالتزامات الوفاقية باسم دولة ما .

ولذلك فإن الدول عادة لا تبرم المعاهدات مع حكومات الثورة إلا إذا اطمأنت إلى أن حكومة الثورة قادرة فعلا على أن تمثل الدولة التى تتعاقد باسمها ، لأن الشخص لا يكون عضواً ممثلا للدولة قانوناً إلا إذا كانت تصرفاته يمكن أن تبقى محترمة حتى ولو اختفى هذا الشخص بذاته بعد ذلك .

(١) أذكر هنا أن المادة السابعة من وفاق قانون المعاهدات تعرضت لموضوع السلطات الكاملة ومن له حق أن يمثل الدولة .

ــ هذا وبشأن حق الدولة فى الاستفسار فإن الاتجاه هو أن ثمة قاعدة عامة ، وليست مجرد مجاملة ، تمنع من الاستفسار ولو أن الأغلب عقلاً أن نقاط القانون الدستورى لم تصل فى الأهمية إلى الحد الذى دعا إلى أن يصبح هذا الاستفسار قاعدة .

إننا لا نستطيع أن نقول إن القانون الدولى يصف شكلا معيناً للحكومة . ولكن هذا لا يعنى أن القانون الدولى يغض البصر كلية عن أنواع الحكومات أو الدساتير التى توجد فى البلاد المختلفة . والعكس هو الصحيح ، فالقانون الدولى يهتم اهتماماً متزايداً بهذه الأوضاع ، ولكن هذا الاهتمام لم يصل من القوة إلى الحد الذى ينتج فيه جزاءات تترجم نفسها إلى قانون . وأخذاً بما عرفه العمل الدولى من سوابق ، يمكن أن نقرر أن القاعدة التى تحدد ما إذا كانت حكومة الثورة مختصة بإبرام المعاهدات يجب أن توفق بين اعتبارين : حاجة كل دولة فى أن يكون لها دائماً جهاز يمثلها فى العلاقات الدولية ، وحاجة المجتمع الدولى لأن يكون قادراً على التعامل مع جهاز يمثل الدولة . وإزاء هذين الاعتبارين يبدو أن معيار الفعالية هو المعيار الذى يتصدر المتطلبات اللازمة بالنسبة لحكومة الثورة . وفى هذا الشأن ، يذهب رأى بأن هذه الفعالية تتحقق إذا استمرت السلطة فترة ممتدة من الزمن ، ذلك أن الفترة الأولى من حياة حكومة الثورة كثيراً ما تكون فترة حرجة . وثم رأى آخر حاصله أن الاعتراف بحكومة الثورة يثبت اختصاصها الدولى بإبرام المعاهدات . ويلاحظ على هذا الرأى أن الاعتراف ليس شرطاً مطلق الأثر فى توافر الاختصاص الدولى ، وإنما هو دليل على توافر الشروط اللازمة لذلك الاختصاص . وتعتبر الموافقة الشعبية من الأمور التى كثيراً ما يستدل منها على الفعالية ، ذلك أنه لا شك أن دعم الرأى العام لحكومة ما يقوى من مركزها ويثبت من كيانها ، ولكننا نخطىء إذا قلنا إن مثل هذه الموافقة تعتبر شرطاً أولياً لازماً لفعالية حكومة أو لتوافر الاختصاص لها ؛ لأن العمل الدولى يظهر أن كل ما هو مطلوب لاعتبار تلك الموافقة هو عدم مقاومة الشعب للحكومة بغض النظر عن الوسيلة التى حققت بها الحكومة المذكورة هذا الإخضاع . ولذلك يكتفى البعض فى حكومة الثورة بأن تكون قد فرضت احترامها . إن قدرة حكومة الثورة واستعدادها للقيام بتعهداتها يكفى لكى تصبح قادرة على أن تكون طرفاً فى معاهدة ، ومن ثم فإن السلطة التى لا تتوافر فيها هذه الأوصاف لا تكون حكومة ذات اختصاص .

حكومة المنفى Government in exile

٢٥٣ — عرفت الجماعة الدولية أثناء الحروب — ولاسيما الحرب العالمية الثانية — علاقات دولية بين جماعات من الأشخاص أضفت على نفسها صفة الحكومة لإقليم لا تقيم هى عليه بسبب احتلاله عسكرياً بقوات أجنبية . وقد تعاملت الحكومات العادية مع هذه الجماعات ، فى عديد من الحالات ، رغم أنها محرومة من ممارسة الإشراف الإدارى على إقليمها الذى تدعى أنها حكومته . وفى حالات أخرى لم تزعم هذه الجماعات أنها حكومة ، ومع ذلك فقد عوملت على أنها — على الأقل — تمثل نوعاً من أشخاص القانون الدولى ، وهذه هى الجماعات التى يطلق عليها عادة مصطلح سلطة المنفى[1] authority in exile . وقد أبرمت هذه السلطات كذلك معاهدات مع حكومات عادية ، وهى لا تحتاج إلى كيان دستورى طبقاً لدستور دولتها ، فهى غالباً ما تكون جهازاً ثورياً عفوياً يستمد أهليته من القانون الدولى فحسب ، ولذا يبدو منطقياً أن نتساءل عن الأساس القانونى لأهلية حكومات وسلطات المنفى لإبرام المعاهدات الدولية .

٢٥٤ — إن الإجابة عن هذا التساؤل لا يمكن فصلها من الموضوع الأعم ، وهو الأساس العام لأهلية كل من حكومات وسلطات المنفى . إن سبب قيام هذه الحكومات والسلطات يعود الى نفور الجماعة الدولية من أن تضفى حقاً على إقليم أخضع عن طريق الاحتلال الحربى . ويفسر هذا النفور بالعزوف عن إقرار أوضاع تحققت بتصرفات مخالفة للقانون الدولى ، والشعور بأن الاحتلال الحربى ليس أساساً آمنا لإقامة حكومة إقليمية . ويعتمد كيان حكومة أو سلطة المنفى ، التى تستهدف تحرير الإقليم المحتل الذى جاءت منه ، على السماح لها بأن تمارس وظائفها فى إقليم دولة صديقة

(١) ومثال سلطة المنفى ، جبهة التحرير الفلسطينية . والبادى أن الأحداث السياسية تطور هذه السلطة تدريجيا إلى حكومة منفى . ويتراءى لى أن إسرائيل تحاول عرقلة هذا التطور عن طريق إجراء انتخابات فى الضفة الغربية وغزة — اللتين تحتلهما — بغية خلق ممثلين الفلسطينيين العرب تزعم أمام الرأى العام العالمى ، أن لهم ، دون غيرهم من منظمات التحرير ، حق التعبير عن شعب فلسطين وحق تقرير مصيره ، وهو ما ينبغى أن تتصدى له هذه المنظمات بتوعية العرب المقيمين داخل الأراضى المحتلة سياسياً من طريق الإعلام ، وعسكرياً من طريق التصاعد بالمقاومة . ويلزم لفعالية التوعية السياسية والعمل العسكرى ، تضامن الدول العربية كافة مع جبهة التحرير ، ودعمها بالفكر والجهد والسلاح والمال ، لتكون القوة المسلحة على الأخص ، كافية لإقلاق سلطات الاحتلال وحرمانها من أن تستقر على الإقليم المحتل بطريقة هادئة ، وبذلك تكتسب سلطة أو حكومة المنفى الفلسطينية أهليتها لتوافر شرط الفعالية .

تستضيفها . ولكن هذا السماح وحده لا يضفى حقوقاً أو واجبات على هذه الوحدات طبقاً للقانون الدولى ، وانما تصبح هذه الوحدة ، منذ اللحظة التى تبدى فيها حداً أدنى من الفعالية فى تحرير إقليمها ، ذات أهلية دولية لتحمل بعض الحقوق والواجبات فى صورة وفاقات تبرمها باسم التنظيم الذى ترأسه . ولا يلزم ، لممارسة هذه الاتفاقات دولياً ، أن يسبقها اعتراف بهذه الوحدات (١) . وتنحصر سلطة هذه الوحدات ، بالنسبة لإبرام الوفاقات الدولية ، فى الأمور التى تدخل ضمن نطاق قدرتها على التنفيذ ، لأن قدرتها فى المستقبل على أن تتحمل المسئولية كاملة عن إقليمها تبدو أمراً غير مؤكد .

وإذا كان القانون الدولى لا يشترط فى الحكومة العادية أن تكون حكومة دستورية ، فأولى ألا تتطلب الدستورية فى حكومة أو سلطة المنفى (٢) ، وإن كان توافر عنصر الدستورية ، يمكن أن ينهض دليلا على فعالية الوحدة وتزكية الصفة التمثيلية لها (٣) . وغنى عن البيان أن تعدد الوحدات فى المنفى للتحدث باسم الدولة الأم قد يكون من الأمور التى تضعف صلاحية وحدة المنفى لأن تمارس أهلية دولية ، بوصفها هذا ، ولا سيا أن من العناصر الهامة فى تقدير مدى توافر هذه الصلاحية، أن تكون وحدة المنفى متمتعة بالمناصرة الشعبية وولاء المقاومة الوطنية .

قواعد النظام العام(٤)

٢٥٥ – يمكن اعتبار قواعد النظام العام من شروط اعتبار المعاهدة. وقواعد النظام العام هى قواعد ملزمة لا تغيرها إرادة أو رضاء أشخاص القانون ، فهى ذات طبيعة دستورية فى المعنى الموضوعى للتعبير . وتعرف القوانين الداخلية ، كما قدمنا ، قواعد من هذا القبيل ، وهذه لا تتغير إلا بتشريع

(١) من ذلك مسارعة تشرشل إلى تحويل الوفاقات التى سبق له أن أبرمها مع ديجول إلى جبهة التحرير الوطنية الفرنسية C.F.I.N. قبل أن يعترف بهذه الجبهة .

(٢) من حكومات المنفى التى لم تتوافر لها شروط الدستورية ، حكومة المنفى التشيكوسلوفاكية .

(٣) ومثل ذلك الحكومة التى تغادر الإقليم الأم بسبب احتلال عسكرى كى تمارس سلطتها من داخل إقليم آخر .

(٤) راجع فى نطاق فكرة النظام العام فى الفقه الإسلامى ، الكتاب الأول من هذا المؤلف .

أو بتصرف ثورى . ولكن الأمر لا يجرى بهذه البساطة فى القانون الدولى لأن من العسير أن نجد فى القانون الدولى التقليدى رداً يشفى الغلة فى هذا الخصوص . فثم فريق من الفقهاء يرى أن الدول تملك حرية شبه مطلقة فى إبرام ما تشاء من معاهدات ، وآخر يذهب إلى أن المعاهدة التى تخالف المبادىء العامة الدولية المعترف بها تعتبر معاهدة باطلة . بيد أن هذا الفريق الثانى ليس على وفاق فيما يتعلق بتعداد المبادىء الدولية العامة التى تعتبر من النظام الدولى العام ، أى التى لا يمكن استبعاد تطبيقها بمعاهدة(١) .

وقد تمثلت محاولة الفقهاء – لتحديد قواعد النظام العام – فى عدة أفكار ، فهم مثلا يختارون بعض القواعد ويصفونها بأنها قواعد أساسية أو حقوق أصلية أو غير قابلة للتصرف . هذه المحاولة التى اتجهت فى السنوات الأخيرة نحو المناداة بأن هناك مبادىء علوية فى القانون الدولى تكون مجموعة قواعد النظام العام ، ويقترح الفقهاء ، كموضوع لهذه القواعد ، المسائل التالية (٢) : القواعد التى تمنع الحرب العدوانية ، قانون إبادة الجنس البشرى ، الإتجار فى الرقيق ، القرصنة ، كافة الجرائم المعادية للإنسان ، ومبدأ تقرير المصير . ويمكن أن نضيف الى هذه القائمة ، تصريح الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية ووفاق الأمم المتحدة الخاص بالتمييز العنصرى . ويرى المؤيدون لفكرة النظام العام الدولى أن هذه القواعد الملزمة لا تتطلب لتطبيقها الاحتجاج على مخالفة أحكامها . أو الاعتراف بقوتها الملزمة أو الإذعان لما تقضى به ؛ فهى تتمتع بهذه القوة الملزمة تلقائياً . ولا يسقط التقادم ما يترتب على مخالفتها من عدم المشروعية (٣) . على أن تطبيق أحكام هذه

(١) يبدو أن فكرة قواعد النظام العام الدولى ليست فكرة جديدة ، فقد ساق كلسن فقرة عن فاتيل يتكلم فيها عما أسماه قانون الشعوب اللازم يقول فيها : « We use the term necessary law of nations for that law which results from applying the naturallaw to nations. It is necessary because Nations are absolutely bound to observe it... ».

– أنظر فى قواعد النظام العام ، الدكتور الغنيمى ، المرجع السابق ص ٥٣٤ وهامش ص ٥٣٣ .

(٢) Browlie : Principles, op. cit., p. 417.

(٣) معنى هذا أن قواعد النظام العام قد تكون قواعد عرفية وقد تكون قواعد رضائية Consensual. وتنص المادة ١٠٣ من ميثاق الأمم المتحدة على أنه « إذا تعارضت الالتزامات –

القواعد لا يحرم المخالف من المزايا الأخرى التي يرتبها القانون الدولي (١) .

٢٥٦ — وقد انحازت لجنة القانون الدولي ، في المشروع الذي قننت فيه أحكام المعاهدات ، إلى فكرة النظام العام الدولي فضمنت مشروعها نصاً بهذا المعنى ، واستجاب نص المادة ٦٤ من وفاق المعاهدات الى هذا الاتجاه فقرر أنه « إذا نشأ مبدأ جديد من مبادىء القانون الدولي الشامل ، فإن أية معاهدة قائمة تتعارض مع ذلك المبدأ تعتبر غير قائمة ومنقضية » . وقد اتضح من المناقشات السابقة على صياغة وفاق قانون المعاهدات أن فقهاء الدول النامية ودول أوربا الشرقية يعلقون أهمية كبرى على مبدأ إبطال المعاهدة وانعدام آثارها إذا خالفت قاعدة من قواعد النظام العام ، في حين أبدى فقهاء الغرب كثيراً من الشكوك حول هذه الفكرة التي وصفوها بالغموض وعدم التحديد . إن الخلاف الفقهي لا يقتصر على محتوى النظام العام ، بل يمتد كذلك إلى أساس الفكرة ذاته . فقد أكد البعض (٢) أن فكرة النظام العام لا يمكن أن توجد على مستوى المجتمع الدولي بصورته الراهنة غير المنظمة ، وهو يقول إن تمحيص الاستشارات التي قدمها أنصار فكرة النظام العام يكشف عن أنها تنطوي على مغالطة . إن كل ما تظهره هو أنها تشير إلى قيود واقعية ومنطقية على حرية أشخاص القانون الدولي ، تلك الحرية التي تتضمن مكنة أشخاص القانون الدولي في أن ترسي — عن طريق الرضاء — قواعد فيما بينها تعتبر من قبيل النظام العام الدولي في المعنى الدقيق للتعبير . فالأطراف وحدهم هم الذين يعود إليهم حرية تحديد أي من القواعد العرفية والاتفاقية التي يمكن أن تعتبر بمثابة نظام عام ، أي أن الأطراف هم الذين يقررون هذا النظام العام .

= التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هـذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به ، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق » . ووصف هذه القواعد الرضائية بأنها من النظام العام يثير تساؤلا من حيث المبدأ وفلسفة الفكرة ذاتها .

(١) فلو أن دولة شنت حرباً عدوانية فإنها تخالف بذلك قاعدة من قواعد النظام العام الدولي الملزمة ، ولكن هذا لا يفقدها حقها في أن تتمتع بقاعدة عدم مسئولية المحارب عما يصيب رعايا الدول المحايدة من أضرار نتيجة العمليات الحربية . بيد أن هذا الرأي محل نقاش من بعض أنصار هذا المبدأ .

(٢) أنظر شـوارزنبرجر **Schwarzenberger, Georg : International Jus Cogens, Texas Law Review, 1962.**

وفي ضوء هذا ، يمكن أن تنظر في القواعد الأساسية التي تدرج في المعاهدات الجماعية ، مثل ميثاق الأمم المتحدة . ويقوم عدد الأطراف المشتركين في هذه المعاهدات بدور هام ، ذلك أنه كلما كثر عدد هذه الدول ، كلما ازداد احتمال أن تحترم الدول الغير هذه القواعد . وذهب فريق آخر (١) إلى أن قواعد القانون الدولي الشامل كافة ، والتي تستهدف أغراضاً إنسانية ، وكذا المادة ٢ من ميثاق الأمم المتحدة تعتبر من قبيل النظام العام الدولي .

٢٥٧ — وهكذا نرى أنه على الرغم من أن الاتجاه ينحو الآن منحى تقييد أهلية الدول في إبرام المعاهدات ، فإن فكرة وجود نظام عام دولي لازالت فكرة في المهد لما تترعرع ، ولا يزال الخلاف دائراً حول مصادر هذه الفكرة ونطاقها وفحواها . فلا غرو إذن أن تلقى الجهود التي بذلت في مؤتمر تقنين أحكام المعاهدات ، لتعريف فكرة النظام العام أو لتحديدها ، مصاعب جمة إلى أن توصل المؤتمرون إلى إقرار تعريف ورد في المادة ٥٣ من الوفاق التي تقول « تعتبر المعاهدة باطلة إذا تعارضت ، وقت إبرامها ، مع نص مبدأ من مبادىء القانون الدولي الشـامل ، ومبدأ القانون الدولي الشامل الملزم — في أغراض هذا الوفاق ، هو المبدأ الذي تقبله وتقره الجماعة الدولية للدول ككل مبدأ لا يسمح بالخروج عليه ولا يمكن تعديله إلا بمبدأ قانون دولي شامل لاحق تكون له السمة ذاتها » . وإذا جمعنا بين حكمي المادتين ٥٣ و ٦٤ من وفاق المعاهدات ، خلص إلينا أنه لا يجوز أن تعارض المعاهدة قاعدة من قواعد النظام العام سواء وجدت هذه القاعدة قبل إبرام المعاهدة أو بعد إبرامها . ويقوم هذا الحكم على أن قواعد النظام العام قواعد جوهرية ملزمة ، ومن ثم فإن المعاهدة التي تتعارض مع هذه القواعد ، ولو في جزء منها فحسب ، تعتبر بأكملها معاهدة باطلة . وقد حاولت بعض الدول (٢) — أثناء المؤتمر — أن تجزىء المعاهدة من حيث البطلان موضحة أن بعض المعاهدات ذات النطاق المتسع ، مثل المعاهدات التجارية ومعاهدات تسليم المجرمين ، قد تتعارض في جزء ضئيل منها مع قواعد النظام العام ، ولذا فإن

(١) راجـع فردروس **Verdross : Jus Dispositivum and jus Cogens in International Law, A.J.I.L., 1966, 60.**

(٢) مثل فنلندا وانجلترا — أنظر الدكتور العنيبي ، المرجع السابق ص ٥٣٦ — ٥٣٨ .

من الأفضل أن يقتصر بطلان هذه المعاهدات على الشطر منها الذى يتعارض مع هذه القواعد ، ولكن هذه المحاولة باءت بالفشل ، إذ لم تحز الأغلبية المطلوبة لإقرارها ؛ ومن الطلى أن نشير هنا إلى أن الدول الآسيوية والإفريقية ودول أمريكا اللاتينية ربطت بين قبول فكرة النظام العام وبين طريقة تسوية المنازعات التى تثور بشأنها ، وكاد هذا الموقف يحطم جهود المؤتمر بسبب تعنت بعض الدول الأخرى لولا توصل المؤتمرين إلى حل وسط تضمنته المادة ٦٦ من الوفاق . ويتلخص هذا الحل فى أنه إذا لم يتوصل المتنازعون إلى تسوية النزاع ، فإن أياً منهم يستطيع عرض الأمر على محكمة العدل الدولية بطلب مكتوب ، ما لم يتفق الطرفان على عرض النزاع على التحكيم .

علاقة العرف بالمعاهدة

٢٥٨ — فى بحث علاقة العرف بالمعاهدة يكون المقصود — بطبيعة الحال — بحث علاقة العرف بالمعاهدة الشارعة وليس بالمعاهدة العقد . وهنا نجد ثلاث نظريات : الأولى تجعل العلوية للمعاهدات على العرف حيث قدمته المادة ٣٨ عليها ؛ هذا فضلا عن أن العرف تعبير عن إرادة ضمنية حالة أن المعاهدة تعبير عن إرادة صريحة ، والمفروض أن الإرادة الصريحة هى المرجع الأول بحيث إذا وجدت لا يعدل عنها إلى إرادة ضمنية ، وتبعاً فعند التعارض تكون العلوية للإرادة الصريحة على الإرادة الضمنية . ويدافع الفقهاء السوفيت عن هذا الرأى بحماس على أساس أن القانون الدولى العرفى يعتبر فى مجموعه عندهم أفكاراً وتطبيقات تفرضها الإمبريالية الرأسمالية على الدول الضعيفة ، ولذلك فإنهم يزكون فكرة السيادة كضمان ضد ضغط الدول الإمبريالية الرأسمالية على الدول الضعيفة ، ويعتبرون أن المعاهدة هى الأساس الحقيقى للعلاقات الدولية بوصف أنها إفصاح حر عن الإرادة (١) ، وهذا هو الذى يفسر الموقف السلبى الذى وقفه الاتحاد السوفيتى فى مؤتمر سان فرنسيسكو حيال كل اقتراح يهدف إلى إدخال نص فى ميثاق الأمم المتحدة يكرر المادة ١٩ من عهد عصبة الأمم فيما يتعلق بمراجعة المعاهدات الدولية (٢) .

(١) S. Krylov : Les notions principales du droit des gens. La doctrine soviétique du droit internationl.
مجموعة محاضرات لاهاى سنة ١٩٤٧ عدد ٧٠ ص ٤٤١ — ٤٤٢ .

(٢) والمذهب السوفيتى فى هذا إنما يتابع منطق فلسفة الماركسية فى نظرته للعرف .

٢٥٩ — والنظرية الثانية تقابل الأولى تماماً لأنها تجعل العلوية للعرف على المعاهدة ، بينما تسوى النظرية الثالثة بين العرف والمعاهدة استناداً إلى أن كليهما إفصاح عن الإرادة ومن ثم فإن العلاقة بينهما تحكمها القواعد الأصولية العامة التى تنظم العلاقة بين مصدرين متعادلين من مصادر القانون ، بمعنى أن الخاص منهما يخصص العام واللاحق ينسخ السابق فيما يتعارض فيه . وعلى ذلك فالعرف الذى ينظم حالة جزئية يمكن أن يخصص أحكاماً عامة وردت بها نصوص معاهدة من المعاهدات ، والعكس صحيح ، أى أن نصاً يتعلق بحالة خاصة ورد فى معاهدة قد يخصص حكم قاعدة عرفية تنظم حالة عامة . وكذلك المعاهدة التى تلحق فى الظهور عرفاً قد تنسخ ذلك العرف فى نطاق تعارضهما ، كما أن العرف اللاحق لإبرام معاهدة قد ينسخ نصوص تلك المعاهدة فى مجال التعارض .

٢٦٠ — ويأخذ الدكتور الغنيمى (١) على هذا الرأى عدم دقته فى التعرف على التكييف الصحيح للمسألة ، ذلك أنه وإن كان كل من العرف والمعاهدات يعتبر مصدراً إثباتياً للإرادة الشارعة ، إلا أننا لا يمكن أن نسوى بينهما من حيث القوة ، لأن القواعد التى يثبتها العرف ذات قوة وطبيعة إلزامية مختلفة عن القواعد التى تثبتها المعاهدات ، وربما كان سبب خطأ أصحاب هذه النظرية هو عدم أخذهم بعين الاعتبار أن التفرقة بين المعاهدات على أساس معاهدات شارعة ومعاهدات عقود ، هى تفرقة غير مقبولة . ذلك أن الإفصاح عن الإرادة الذى يتخذ صورة اتفاقية يكون له دائماً مضمون واحد وإن اختلفت الدوافع ، إذ يجب أن نميز بين الدافع للإرادة وبين الإرادة ذاتها . ثم إننا إذا استقرأنا ما يسمونه بالمعاهدات العقود ، نجد أنها فى الحقيقة كثيراً ما تقرر قواعد قانونية دولية بالنسبة للدول المتعاقدة تحكم علاقات هذه الدول خصوصاً ما هو متفق عليه فى المعاهدة ، الأمر الذى لا بد أن نعترف معه بوجود عدد من النظم القانونية الخاصة تتعدد بتعدد هذه المعاهدات وتباين موضوعاتها . هذا فضلا عن أن المعاهدات المسماة بالشارعة لا تلزم غير أطرافها ، أى أن ما تحويه من قواعد تفتقر إلى صفتى العمومية والتجريد وهما الصفتان الجوهريتان فى القاعدة القانونية وذلك لعدم وجود معاهدة شارعة

(١) المرجع السابق ص ٢٥٦ وما بعدها .

عالمية بالمعنى الشامل . ولذا فإن احترام دول غير أطراف قواعد تتضمنها معاهدة لا يرجع إلى التزام الدول باحترام تلك القواعد على أساس اتفاقى ، فاليابان مثلا لم توقع على اتفاقية بروكسل سنة ١٨٧٤ التى تنظم بعض قوانين وعادات الحرب ، ولكنها احترمت الأحكام التى تضمنتها الاتفاقية فى الحملة التى وجهتها ضد الصين سنة ١٨٩٤ بوصفها قواعد اكتسبت الصفة العرفية . وعلى ذلك فإن القواعد القانونية التى تثبتها المعاهدات إنما تتماثل مع القواعد القانونية التى يمكن أن يثبتها العقد فى القانون الداخلى ، ذلك أن لأعضاء الجماعة الداخلية ، فى غير ما يتعارض مع النظام العام ، أن يخلقوا بإرادتهم ما يشاؤون من قواعد لتنظيم علاقاتهم المتبادلة ، والنظام العام يمكن أن يستند فى الداخل إلى قواعد عرفية أحياناً (١) . كذلك الحال فى النطاق الدولى فإن المعاهدات بين أعضاء الجماعة الدولية تقوم بذات الدور الذى يقوم به العقد فى النطاق الداخلى مع فارق واحد هو أن فكرة النظام العام فى المجال الدولى فكرة لا زالت باهتة ولما تتأكد ملامحها . ولذلك نلاحظ أن نطاق حرية الإرادة فى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولى عن طريق الاتفاقات ، أى المعاهدات ، أوسع بكثير فى المحيط الدولى عنه فى المحيط الداخلى بالنسبة لأشخاص القانون الداخلى . ويقوم العرف بدور قريب من دور القانون فى النطاق الداخلى ، وهو فى ذلك أقرب إلى القانون من المعاهدة ، ومن هنا يجىء الاختلاف بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية فى قوة الإلزام ، فالقاعدة العرفية ليس لها أطراف تنحصر فيهم قوتها الإلزامية بل إن حكمها ينصرف إلى العموم ، فإن كان العرف عالمياً التزمت به الجماعة الدولية ، وإن كان إقليمياً التزم به أشخاص القانون الدولى العام القائمون فى ذلك الإقليم ويستوى فى ذلك أشخاص القانون وقت نشوء العرف والذين يقومون بعده ، ثم هو غير مقيد بزمن مستقبل من حيث التطبيق فى حين أن القواعد الاتفاقية مقصورة على أطراف المعاهدة ومن يقبلون أحكامها وذلك لفترة نفاذ المعاهدة

(١) أنظر **Jennings, R.Y. : Recent Developments in the International Law commission ; its relation to the Sources of international Law, I.C.L.Q., 1964, vol. 13, Part 2, pp 385—97.**

فحسب (١) . ومن هنا يوجب الدكتور الغنيمى التفرقة بين وضعين عند الكلام عن علاقة العرف بالمعاهدات :

١ — إذا كانت ثمة قواعد عرفية تعتبر من النظام العام فإنها تعلو على القواعد الاتفاقية ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد الآمرة وإلا كان الاتفاق باطلا . وفى هذا المعنى يمكن القول بأن القانون العرفى يعتبر بمثابة الحد الأدنى للأخلاق الدولية الذى لا غنى عنه لوجود الجماعة الدولية .

٢ — أما إذا تعلق الأمر بتسوية حالة لا تنظمها قواعد عرفية آمرة ، فهنا يمكن أن نقول بتعادل العرف والمعاهدات من حيث قوتهما الاستدلالية ، وتبعاً فإن العلاقة بين العرف والمعاهدة تحكمها القواعد الأصولية العامة التى تقضى بأن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض . ومثال إبطال العرف اللاحق معاهدة سابقة ، القواعد العرفية فيما يتعلق بامتيازات الأجانب ، فقد عدلت تلك القواعد التى استقرت من أحكام المعاهدات السابقة الخاصة بامتيازات الأجانب ، وطالما شهدنا أمثلة لذلك فى مصر قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكذلك إهمال غالبية الدول المتحاربة — أثناء الحرب العالمية والأخيرة — للقواعد الاتفاقية التى كانت تحرم مهاجمة الغواصات المتحاربة للسفن التجارية دون إنذار سابق . ومن أمثلة إلغاء عرف سابق بمعاهدة لاحقة ، تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن الحرب البحرية ، إذ ألغى ما كان يجرى عليه العمل الدولى بشأن المطاردة ، وعلى هذا الأساس رفض اللورد ستويل **Stowell** أن يستجيب لطلب البرتغال بتطبيق المعاهدة الأنجلو برتغالية التى أبرمت سنة ١٦٥٤ وفيها اتفق المتعاقدان على أن يقبضا على غنائم من يحارب أحدهما ولو كان الآخر فى حالة حياد ، وطبق الفكرة الحديثة فى قانون الشعوب التى تحرم انتزاع الغنائم من المحارب ما دام أنه قد غنمها قانوناً .

دور المعاهدات فى تكوين العرف

٢٦١ — تؤدى المعاهدات دوراً هاماً فى تكوين العرف ، فهى وإن كانت فى بعض الأحيان مصدراً ثانوياً لإثبات القانون الدولى العام ، إلا أنها

(١) ولذا فإن الغالب فى المعاهدات أن تسجل ما سبق أن استقر عن طريق العرف ولكن بطريقة أكثر وضوحاً .

كثيراً ما تساعد على خلق قواعد عرفية ، ذلك أن تكرار ذكر قواعدمستحدثة فى معاهدات قد يصل بالعالم إلى خلق قواعد عرفية بنات الفحوى عندما يستقر الضمير العالمى عليها فتنشط الإرادة الشارعة لإرسائها . ومن أمثلة ذلك معاهدة واشنجتن التى أبرمت بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية فى ٨ مايو سنة ١٨٧١ لتسوية بعض نقاط النزاع التى نشأت من الحرب الأهلية الأمريكية وذلك عن طريق التحكيم . وقد برزت من بين هذه النقاط منازعة الألاباما (١) . وتضمنت تلك المعاهدة مبادىء القانون التى تطبق بحثاً عن حكم القانون الدولى بشأن المسألتين التاليتين :

١ — هل الدول المحايدة ملزمة بأن تراعى الحرص الكامل لمنع تجهيز أو تسليح سفينة فى إقليمها يعتقد لأسباب مقبولة أنها ستستخدم فى محاربة دولة تربطها بها علاقات سلمية ؟ .

٢ — هل يجب على الدول المحايدة ألا تسمح لدولة متحاربة بأن تتخذ من موانيها أو من مياهها الإقليمية قاعدة لأعمال حربية بحرية ؟ .

وقد أعلنت بريطانيا وقتئذ أنها لا تتقيد بالقواعد التى تضمنتها معاهدة واشنجتن بدعوى أن القواعد لا تعتبر من القانون الدولى العام المطبق آنئذ ؛ ولكنها مع ذلك قبلتها كأساس للتحكيم واعتبرتها ملزمة للمستقبل (٢) . والحق أن قواعد واشنجتن لم تكن عند الاتفاق عليها مستحدثة تماماً ، فقد وردت من قبل ذلك فى كثير من تصريحات الدول المحايدة ولكنها استقرت كقواعد دولية بحكم الألاباما فى ١٤ سبتمبر سنة ١٨٧٢ ، ولذلك أدرجت ضمن المواد ١ ، ٢ ، ٩ من الاتفاق الثالث عشر المتعلق بحقوق وواجبات الدول المحايدة فى حالة الحرب البحرية الذى عقد فى مؤتمر السلام الثانى سنة ١٩٠٧ ؛ وهذا مثل لعرف دولى كان الدافع إلى قيامه معاهدة بين دولتين كبيرتين ؛

(١) الألاباما سفينة شيدت فى ميناء ليفربول أثناء الحرب الأمريكية وذلك لحساب ولايات الجنوب ، وقد طلبت ولايات الشمال إلى انجلترا عدم تسليح تلك السفينة ، ولكنها مع ذلك جهزت خارج الإقليم الإنجليزى وحاربت السفن التجارية التابعة لولايات الشمال ، فاعتبرت الولايات المتحدة أن بناء هذه السفينة انتهاك للحياد البريطانى . وقد انتهت المنازعة بالحكم على بريطانيا بغرامة قدرها (١٥٥٠٠٠٠٠) دولار — أنظر الغنيمى ، المرجع السابق ص ٥٣٠ .

(٢) Moore : History and Digest of International Arbitrations.
مجموعة التحكيم الدولى ، جـ ٢ ص ٧٠٣ وما بعدها .

علاقة العرف بعرف آخر

٢٦٢ — القواعد العرفية فى مستوى متعادل من حيث قوتها الإثباتية (١) ، ومن ثم فإن علاقتها بعضها البعض تخضع للقواعد الأصولية التى أوردناها فى الكتاب الأول ، أى أن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض . وقد أقر فريق من الفقه إمكان تحول القواعد العرفية ، ويحصل هذا التحول تحت تأثير أفكار جديدة أو تفسير جديد لضرورات عملية ؛ ومثال ذلك الحق فى حطام السفينة الذى كانت تثبته قاعدة عرفية فيما مضى، ثم ألغى تدريجياً بظهور أدلة إثباتية جديدة على ذلك الإلغاء ، وكذلك الحال بالنسبة لما كانت تدعيه الدول البحرية الكبرى من حق الإشراف على البحار أو الشرف الخاص الذى تمنح لعلمها . وبدهى أنه يجب أن تتوافر فى القاعدة الجديدة ذات الشروط التى تلزم لتحقيق القاعدة العرفية . ويجدر التنبيه هنا إلى أن العرف الإقليمى عكن أن يخصص عرفاً عالمياً إعمالا لمبدأ أن الخاص يخصص العام . وهذا هو ما أخذت به محكمة العدل الدولية فى قضية حق المرور على الإقليم الهندى (١٩٦٠) حيث رأت المحكمة أنه لا داعى لبحث القاعدة العرفية العامة الخاصة بالأقاليم المحصورة إزاء وجود قاعدة عرفية محلية معترف بها .

علاقة المعاهدة بمعاهدة أخرى

٢٦٣ — تخضع المعاهدات فى علاقتها بعضها بالبعض الآخر ، شأنها فى ذلك شأن العرف ، لقاعدتى اللاحق ينسخ السابق ، والخاص يخصص العام . بيد أن هاتين القاعدتين تقيدان بقيدين هما ألا يكون النص السابق نصاً خاصاً بمعنى أن النص اللاحق لم يكن مقصوداً به أن يحل محله ، وألا يكون النص السابق نصاً من النظام العام .

ضوابط تفسير المعاهدات (٢)

٢٦٤ — يمكن القول بأن هذه الضوابط كافة تتبلور فى مبدأ عام هو

(١) حكم القاضى مارشال ، فى منازعة **The Antelope** بأن مبدأ المساواة بين الدول هو من المبادئ الأساسية فى القانون الدولى ، وتبعاً فلا يجوز إلغاء عرف معترف به إلا بالرضاء . ولذا فإن تجارة الرقيق ، مثلا ، تعتبر مشروعة بالنسبة للدول التى لم تتخل عنها . ونضرب مثلا لذلك بالمملكة العربية السعودية ، فقد ظلت تجارة الرقيق مشروعة على إقليمها إلى عهد قريب .

(٢) لم نتكلم عن ضوابط التفسير فى القانون الخاص اكتفاء بما أوردناه فى الكتاب =

البحث عن نية العاقدين كما أعربوا عنها فى الألفاظ التى استخدموها ، وذلك على ضوء الظروف المحيطة . ونبادر إلى القول بأن مشكلة التفسير إنما تثور بالنسبة للمعاهدات الغامضة ، فاذا كانت المعاهدة جلية العبارة فإن الأمر يتعلق عندئذ بالتطبيق وليس بالتفسير ، كما أن نية العاقدين – فى الواقع – هى فى حقيقتها من صناعة المفسر وليست أمراً مادياً ملموساً ، ذلك أن المفسر إنما يبرز ما يعتقد هو ، بمطقه الخاص ، أنه نية العاقدين .

ضوابط من ذات النص Intrinsic-Intrinsèque

٢٦٥ – أول ضابط يهتدى به فى التفسير هو المعنى الذى يستفاد من عبارة النص أو من ألفاظه ، فمتى كان النص واضحاً فإن المعنى يستخلص من ألفاظه وعباراته ويسمى هذا بالمعنى الحرفى أو منطوق النص . والمراد بما يفهم من عبارة النص ، المعنى الذى يتبادر إلى الذهن من صيغته ، ويكون هو المقصود من سياقه ، وفى هذا الصدد لا يجب التقيد بالألفاظ لفظاً لفظاً ، وإنما العبرة بالمعنى الذى يستفاد من مجموع عباراته على هدى قصد المشرع (١) . وهذا هو ما أكدته محكمة العدل الدولية عند ما ذهبت إلى أن مفهوم العبارة هو أول ما يلجأ إليه القاضى لاستنباط الحكم ، فإذا كان المفهوم واضحاً أغنى عن الرجوع إلى غيره من ضوابط التفسير ، لأن العبارة هى الظهر الخارجى لإرادة العاقدين (٢) .

= الأول ، وهو يسرى على تفسير القواعد القانونية الوضعية ، وما سنورده من ضوابط تفسير القاعدة الجنائية – وذلك منعاً من التكرار .

– هذا ولا يعتبر تفسير المعاهدات من الأمور التى تدخل فى الاختصاص الداخلى للدولة وفق مفهوم المادة ٢/٧ من ميثاق الأمم المتحدة . وهذا هو ما قررته محكمة العدل الدولية فى فتواها الخاصة بقضية Peace treaties التى جاء فيها : «The interpretation of the terms of a treaty for this purpose could not be considered as a question essentially within the domestic jurisdiction of a state. It is a question of international law wich, by its very nature, lies within the competence of the court» I.C.J. Reports, 1950, p. 70.

(١) الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٠ ص ٢١٨ .

(٢) قالت المحكمة : «La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal appelé à interpréter et appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leurs contexte. si les mots pertinents..» ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ Recueil 1950. p. 8.

هذا ويستمد الدوليون ضوابطهم فى التفسير من القانون الخاص ؛ ولما كان الأصوليون هم خير من عالج مثل هذه المسائل ، فإننى أحيل إلى ما ورد فى الكتاب الأول فى هذا الخصوص :(١) من انقسام اللفظ باعتبار وصفه إلى خاص وعام ومشترك (٢) ، وباعتبار استعماله فى المعنى الموضوع له ، أو فى غير الموضوع له ، إلى حقيقة ومجاز ، وباعتبار دلالة اللفظ على المعنى المراد منه إلى أربعة أقسام ، لأن للفظ فى دلالته على المعنى المراد منه أربع طرق هى : عبارة النص وإشارته ودلالته واقتضاؤه ، وقوتها متفاوتة على الترتيب المتقدم . وقد سبق أن ذكرت أن ضوابط التفسير قد تكون خارجة عن النص ولكنها مرتبطة به برباط ما ، وأزيد هنا أنها قد تكون مجموعة من القواعد العامة التى توصل اليها فقه القانون الدولى نتاج الجهد الفقهى والقضائى خلال القرون الأربعة الماضية ، وهى ليست قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ، ومن ثم ليست من أحكام القانون الدولى الملزمة التى يجب علينا اتباعها ، وإنما هى أصول وضوابط للإرشاد والهداية ، وقد أطلق عليها وفاق قانون المعاهدات مسمى « الطرق المساعدة أو المكملة فى التفسير » وأتناولها فيما يلى بكلمة عاجلة .

ضوابط من خارج النص Extrinsic-Extransèque

١ – الأعمال التحضيرية (٣) : ويمكن أن نلجأ اليها لتفهم نص المعاهدة

(١) راجع ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) سبق أن ذكرنا أنه إذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى يراد به المعنى الاصطلاحى . ويرى أوبنهايم أنه إذا حررت معاهدة بأكثر من لغة – وكانت كلها صيغاً رسمية – وكان ثم خلاف بين النصوص ، فإن كل طرف يلتزم بالمعنى الذى يؤدى إليه النص المكتوب بلغته هو . بيد أن محكمة العدل لم تتحمس لهذا الرأى فى قضية مافروماتس عندما ووجهت بالخلاف فى المعنى بين النص الإنجليزى Public Control والنص الفرنسى Contrôle Public ، حيث كان مؤدى النص الأخير أضيق من النص الأول . وقد قبلت المحكمة المعنى الذى يعنيه النص الإنجليزى بوصف أنه يشمل النص الفرنسى ولا يلغيه .

– أنظر التنيمى ، المرجع السابق ص ٥٥٤ – ٥٦٤ . وراجع نص المادة ٣٣ من وفاق قانون المعاهدات .

(٣) كان الفقه الأنجلوسكسونى متحيزاً ضد هذا الضابط فى التفسير ، متأثراً فى ذلك باتجاهه فى تفسير التشريعات الداخلية ، بيد أن دائرة الخلاف بشأن الاستفادة بالأعمال التحضيرية فى تفسير المعاهدة قد ضاقت بعد أن تبنت محكمة العدل هذه المشكلة لقرابة نصف قرن .

من حيث إنها هى التى تكشف عن الجهد البناء فى تخير نصوص المعاهدة ، وهى المقدمة التى سبقت تحرير المعاهدة ، ومن ثم فإنها حرية بأن تعين على تفهم قصد العاقدين وأهدافهم ، والالتجاء إليها فى التفسير يحد من السلطة التقديرية للقاضى ، فهى كثيراً ما تكون بديلا عن طرق أخرى للتفسير ، وهى أيضاً معين على أن يكون التفسير أكثر موضوعية . إن المعاهدة غالباً ما تكون توفيقاً بين مصالح حيوية وسياسية ، ولذا فمن المفيد أن نرجع إلى الأعمال التى تجلو كيف تصارعت الأفكار حتى وصلت إلى هذا التوفيق : إن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يعنى إيجاد التوازن بين النص النهائى للمعاهدات وبين الوثائق التى تجمعها تحت اسم الأعمال التحضيرية **Travaux Préparatoires** ، وليس معنى هذا أننا يجب دائماً أن نرجع إلى هذه الأعمال. كذلك ليس الرجوع إليها بمفيد دائماً . وقد وضعت محكمة العدل الدولية قيداً واحداً على الاستعانة بالأعمال التحضيرية ، وذلك فى حالة ما إذا كانت المفاوضات قد جرت سرية ، أو كانت بين دول غير تلك الأطراف فى المنازعة .

٢ — ديباجة المعاهدة : **Preambule** ، وهى تتضمن عادة أهداف المعاهدة ومبادئها ، ولا سيما إذا كانت معاهدة تنشىء منظمة دولية ، ولذلك تهتم المحاكم الدولية بالرجوع إلى هذه الديباجة فى كثير من الأحيان .

٣ — قواعد العرف الدولى : ويفترض منهج التفسير أن الطرفين لم يقصدا إلى الاتفاق على ما يخالف قواعد العرف الدولى . كذلك يستند هذا الضابط على فكرة هى أساس كل تفسير للمعاهدة حاصلها أن النص لا يدور فى فضاء ، بل هو جزء من الإطار العام للقانون الدولى فى شموله .

إن العلاقة بين نص المعاهدة وبين القانون الدولى العرفى يمكن أن تتمثل فى عدة مظاهر . فقد يسكت نص المعاهدة عن حكم ما ، فيفسر ذلك على أنه إحالة إلى أحكام القانون الدولى العرفى . كذلك قد يشير النص إلى معنيين : أحدهما يتفق مع أحكام العرف الدولى ، والآخر يخالف تلك الأحكام ، فإذا تساوت الحجة فضل المعنى الذى يساير أحكام العرف الدولى . لذلك يحسن ، عند عدم وجود قرينة تفيد العكس ، أن يحمل مفهوم النص على ما يتمشى مع قواعد العرف الدولى المستقرة . وقد ثار هذا البحث بشكل عملى فى

خصوص شرط الدولة الأكثر رعاية . فشرط الدولة الأكثر رعاية لا يستجلب قواعد العرف الدولى إلا إذا وجد نص صريح بذلك ، وإلا فإن القرينة تنهض على العكس . وقد ناقشت محكمة العدل الدولية هذه المشكلة فى قضية شركة الزيت الأنجلو إيرانية دون أن تنتهى فيها إلى رأى . ومن القضايا التى فسرت فيها نصوص المعاهدة على خلاف ما يقضى به العرف الدولى ، الاستخلاف الدولى . فقد افترضت المحكمة أن المعاهدات التى تقر بالاستخلاف فى الحقوق والالتزامات إنما تتسق مع نظرية الحقوق المكتسبة . فالفرض أن الدول تتعاقد بقصد المحافظة على المساواة القانونية ، ولكن هذه القرينة لا تستبعد إلا إذا قام الدليل على أن نية العاقدين قد انصرفت إلى العكس (1)

٤ — تفسير المعاهدات الشارعة : فقد سبق أن ذكرنا أن فريقاً من الفقه يقسم المعاهدات إلى معاهدات شارعة ومعاهدات عقود . وهو يرى أن الأولى تحوى قواعد يحتج بها على الكافة ، ومن ثم يجب أن تفسر على أنها تضع قواعد عامة واجبة الاحترام . فى قضية ويمبلدون دفع وكيل الحكومة الفرنسية بأن المادة ٣٨٠ من معاهدة فرساى المتعلقة بقناة كييل لا تقيم ميزة لصالح الدول الحلفاء فحسب ، بل إنها تضع قاعدة موضوعية تقرر حرية المرور لصالح العالم أجمع . وقد أخذت غالبية المحكمة بهذا النظر . وهذا ، على ما يبدو ، هو ما تبنته فتوى محكمة العدل فى قضية التحفظات الخاصة بوفاق منع جريمة إبادة الجنس البشرى والعقاب عليها .

٢٦٦ — هذا ويفرد الفقه لمجموعة معينة من المعاهدات ، مثل المعاهدات السياسية ومعاهدات التكامل ، دراسة خاصة فيما يتعلق بالتفسير ويتسع مجال الكلام فيها بما يضيق عنه المقام هنا ، ويكفى أن أقول إن قضاء محكمة العدل الدولية ومحكمة العدل الخاصة بالجماعات الأوربية يجرى — فيما يتعلق بتفسير ميثاق الأمم المتحدة ومواثيق الجماعات الأوربية ، وهى كلها من معاهدات التكامل — على عدم التقيد بقواعد التفسير التقليدية ، إذ هو أكثر ميلا إلى التأثر بفكرة الاتحاد بين الدول أطراف هذه المعاهدات . كذلك نجده أقل أخذاً بالنظريات ذات النطاق العام منه بالنسبة لمتطلبات الحلول التى يستوحيها

(١) أنظر حكم محكمة العدل فى قضية **Exchange of Greek and Turkish population, P.C.I.J., Ser. B, No. 10, p. 20 (1925).**

من النظرة الشاملة لنصوص المعاهدة . وهو إذ يختار بين طرق التفسير وبين السلطات المضمرة ، ينحاز إلى فكرة السلطات المضمرة للمنظمة المعنية .

تفسير التصرفات التي تتم بإرادة منفردة

٢٦٧ – من الأمور التي يهتم بها الفقه ، في مجال التفسير ، تفسير التصرفات التي تتم بإرادة منفردة . ذلك أن الضوابط تختلف هنا عنها في تفسير المعاهدات لأن القاعدة العامة التي تحكم التفسير – بالنسبة لهذه التصرفات – هي حسن النية . ولعل أقرب هذه التصرفات صلة بالمعاهدات هي التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادة واحدة ، وهي التصرفات التي تصدر عن شخص من أشخاص القانون موجهة إلى شخص قانون آخر ، دون أن يسهم هذا الأخير في صدورها ، وذلك بقصد إحداث آثار قانونية .

ومن الأمور التي تستأهل الاهتمام في هذا المجال ، تفسير التصريحات التي تعلق بها الدول قبولها للاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل الدولية[1] .

تفسير المعاهدات في الفقه السوفيتي[2]

٢٦٨ – يأخذ الفقه السوفيتي ، في تفسير المعاهدات ، بالقواعد اللغوية والنحوية ، شأنه في ذلك شأن علماء الأصول المسلمين . كذلك يلجأ إلى التاريخ والمنطق في تفهم أحكام النصوص ، ويرفض بقوة أي تفسير ملزم يقوم به جهاز دولي إذ يرفض الإقرار بهذا الاختصاص لأي جهاز أياً كان ، باستثناء محكمة العدل الدولية . أما فيما يتعلق بميثاق الأمم المتحدة فإن الفقه السوفيتي يرى أن أجهزة المنظمة هي وحدها التي تملك تفسير هذا الميثاق ، فإذا اختلفت الأجهزة كان لمحكمة العدل أن تقوم بمهمة التفسير . ولكن المحكمة لا تملك – حتى في هذه الحالة – سلطة إصدار الفتاوى الملزمة .

ضوابط تفسير القواعد العرفية[3]

٢٦٩ – إذا سلمنا بأن العرف ، وهو واقعة اجتماعية بأصلها تولد عفواً مستقلة عن شكل محدد ، يتكون من الركنين المادي والمعنوي ، فإن تفسير

(١) راجع في ذلك دي فيشر من مشكلة التفسير ص ١٩٩ – ٢١٣ .

(٢) الغنيمي ، المرجع السابق ص ٥٦٥ .

(٣) دي فيشر ، المرجع السابق ص ٢١٩ وما بعدها .

– وأنبه إلى أن الكلام هنا ينصرف إلى العرف بشقيه ، العالمي والإقليمي ، إذ تنطبق ذات القواعد على الصنفين كليهما .

العرف ينطوي على عمليتين : إحداهما هي ملاحظة الوقائع ، والثانية هي تقويم هذه الوقائع . فالملاحظة تستهدف التحقق من توافر أو عدم توافر الركن المادي . أما التقويم فيتحرى مدى تحقق الركن المعنوي . فالأمر إذن يتعلق بتحديد الطريق التي يربط بها الفكر الإنساني ، فكرة الالتزام بالواقعة الاجتماعية ، لأن العرف لا يقوم إلا عند ما ينتهي تمسير قاعدة على أنها مرغوبة اجتماعياً من حيث إنها تمثل ضرورة قانونية ، ولذلك فإن تفسير العرف يتضمن لزاماً جانباً شخصياً ، ومن هنا نجد الخلاف الذي يدور حول توافر القاعدة العرفية ، ومن هنا أيضاً تنجم الصعوبة فيما يتعلق بتحديد اللحظة التي يولد فيها العرف ، ومن ثم فإن الكلام عن ضوابط الاجتهاد في العرف يقتضي مناقشة هذه الضوابط بالنسبة لكلا ركني العرف على حدة .

السوابق : تقريرها وإثباتها

٢٧٠ – ان مهمة المفسر هنا هي انتقاء السوابق ، من بين ما جرى عليه العمل ، التي تؤيد توافر الركن المادي للعرف ، أي أن الأمر يتعلق بالوقائع المادية دون الركن المعنوي . ومن ثم فإن على المفسر أن يستبعد من بين السوابق تلك الوقائع التي كانت تستهدف القيام بعمل خيري أو التي حصلت بقصد المجاملة ، أو التي دعت إليها علاقات حسن الجوار وأملتها الرغبة في الإبقاء على الصلات الطيبة . لذلك رفضت محكمة العدل ، في قضية الملجأ ، أن تعتمد بعض المظاهر على أنها سوابق لأنها رأت أن الذي دعا إليها كان الحرص على اعتبارات حسن الجوار والملاءمة ، فخرجت بذلك عن أي تنظيم قانوني في معناه الصحيح . إن انتقاء القواعد على أنها سوابق إنما يتحدد بأوصاف معينة كامنة في هذه القواعد ، وكذا بمدى استجابة المجتمع لهذه القواعد ، والذي يهم في هذه القواعد هو ألا يقطعها عمل يشهد بعكس ما تقتضيه . بيد أن هذا لا يعني أن اختيار القواعد يتم بعملية حسابية ، لأن تفسير هذه القواعد لا يقتصر على تعدادها بل يتطلب أيضاً تدبرها ووزن مغزاها . ولكن محكمة العدل ، على ما يبدو ، لم ترع هذا القيد ، فقد ذهبت في قضية اللوتس الى أن فرنسا سكتت مرتين ولم تعترض على إجراء محاكمات جنائية قامت بها محاكم جنائية في دول غير دولة العلم ، فكأن المحكمة بذلك

من النظرة الشاملة لنصوص المعاهدة . وهو إذ يختار بين طرق التفسير وبين السلطات المضمرة ، ينحاز إلى فكرة السلطات المضمرة للمنظمة المعنية .

تفسير التصرفات التى تتم بإرادة منفردة

٢٦٧ — من الأمور التى يهتم بها الفقه ، فى مجال التفسير ، تفسير التصرفات التى تتم بإرادة منفردة . ذلك أن الضوابط تختلف هنا عنها فى تفسير المعاهدات لأن القاعدة العامة التى تحكم التفسير — بالنسبة لهذه التصرفات — هى حسن النية . ولعل أقرب هذه التصرفات صلة بالمعاهدات هى التصرفات القانونية التى تصدر عن إرادة واحدة ، وهى التصرفات التى تصدر عن شخص من أشخاص القانون موجهة إلى شخص قانون آخر ، دون أن يسهم هذا الأخير فى صدورها ، وذلك بقصد إحداث آثار قانونية .

ومن الأمور التى تستأهل الاهتمام فى هذا المجال ، تفسير التصريحات التى تعلق بها الدول قبولها للاختصاص الإلزامى لمحكمة العدل الدولية(١) .

تفسير المعاهدات فى الفقه السوفيتى(٢)

٢٦٨ — يأخذ الفقه السوفيتى ، فى تفسير المعاهدات ، بالقواعد اللغوية والنحوية ، شأنه فى ذلك شأن علماء الأصول المسلمين . كذلك يلجأ إلى التاريخ والمنطق فى تفهم أحكام النصوص ، ويرفض بقوة أى تفسير ملزم يقوم به جهاز دولى إذ يرفض الإقرار بهذا الاختصاص لأى جهاز أياً كان ، باستثناء محكمة العدل الدولية . أما فيما يتعلق بميثاق الأمم المتحدة فإن الفقه السوفيتى يرى أن أجهزة المنظمة هى وحدها التى تملك تفسير هذا الميثاق ، فإذا اختلفت الأجهزة كان لمحكمة العدل أن تقوم بمهمة التفسير . ولكن المحكمة لا تملك — حتى فى هذه الحالة — سلطة إصدار الفتاوى الملزمة .

ضوابط تفسير القواعد العرفية(٣)

٢٦٩ — إذا سلمنا بأن العرف ، وهو واقعة اجتماعية بأصلها تولد عفواً مستقلة عن شكل محدد ، يتكون من الركنين المادى والمعنوى ، فإن تفسير

(١) راجع فى ذلك دى فيشر عن مشكلة التفسير ص ١٩٩ — ٢١٣ .

(٢) الغنيمى ، المرجع السابق ص ٥٦٥ .

(٣) دى فيشر ، المرجع السابق ص ٢١٩ وما بعدها .

— وأنبه إلى أن الكلام هنا ينصرف إلى العرف بشقيه ، العالمى والإقليمى ، إذ تنطبق ذات القواعد على الصنفين كليهما .

العرف ينطوى على عمليتين : إحداهما هى ملاحظة الوقائع ، والثانية هى تقويم هذه الوقائع . فالملاحظة تستهدف التحقق من توافر أو عدم توافر الركن المادى . أما التقويم فيتحرى مدى تحقق الركن المعنوى . فالأمر إذن يتعلق بتحديد الطريق التى يرتبط بها الفكر الإنسانى ، فكرة الالتزام بالواقعة الاجتماعية ، لأن العرف لا يقوم إلا عند ما ينتهى تفسير قاعدة على أنها مرغوبة اجتماعياً من حيث إنها تمثل ضرورة قانونية ، ولذلك فإن تفسير العرف يتضمن لزاماً جانباً شخصياً ، ومن هنا نجد الخلاف الذى يدور حول توافر القاعدة العرفية ، ومن هنا أيضاً تنجم الصعوبة فيما يتعلق بتحديد اللحظة التى يولد فيها العرف ، ومن ثم فإن الكلام عن ضوابط الاجتهاد فى العرف يقتضى مناقشة هذه الضوابط بالنسبة لكلا ركنى العرف على حدة .

السوابق : تقريرها وإثباتها

٢٧٠ — ان مهمة المفسر هنا هى انتقاء السوابق ، من بين ما جرى عليه العمل ، التى تؤيد توافر الركن المادى للعرف ، أى أن الأمر يتعلق بالوقائع المادية دون الركن المعنوى . ومن ثم فإن على المفسر أن يستبعد من بين السوابق تلك الوقائع التى كانت تستهدف القيام بعمل خيرى أو التى حصلت بقصد المجاملة ، أو التى دعت إليها علاقات حسن الجوار وأملتها الرغبة فى الإبقاء على الصلات الطيبة . لذلك رفضت محكمة العدل ، فى قضية الملجأ ، أن تعتمد بعض المظاهر على أنها سوابق لأنها رأت أن الذى دعا إليها كان الحرص على اعتبارات حسن الجوار والملاءمة ، فخرجت بذلك عن أى تنظيم قانونى فى معناه الصحيح . إن انتقاء القواعد على أنها سوابق إنما يتحدد بأوصاف معينة كامنة فى هذه القواعد ، وكذا بمدى استجابة المجتمع لهذه القواعد ، والذى يهم فى هذه القواعد هو ألا يقطعها عمل يشهد بعكس ما تقتضيه . بيد أن هذا لا يعنى أن اختيار القواعد يتم بعملية حسابية ، لأن تفسير هذه القواعد لا يقتصر على تعدادها بل يتطلب أيضاً تدبرها ووزن مغزاها . ولكن محكمة العدل ، على ما يبدو ، لم ترع هذا القيد ، فقد ذهبت فى قضية اللوتس الى أن فرنسا سكتت مرتين ولم تعترض على إجراء محاكمات جنائية قامت بها محاكم جنائية فى دول غير دولة العلم ، فكأن المحكمة بذلك

تستنبط من السكوت وعدم الاحتجاج توافر الركن المادى للعرف ، وهو منطق منتقد لأنه لا يميز بين التعرف على الوقائع والتعرف على القانون .

التعرف على النية

٢٧١ — أبادر إلى القول بأن الركن المعنوى فى العرف لايمكن أن يكو محل إثبات مباشر . بيد أنه — كما قالت محكمة العدل فى النزاع الخاص بحق المرور على الإقليم الهندى — فإن العمل الذى استمر قرابة قرن وربع القرن دون أن يتأثر بما طرأ من تغير على نظام الإقليم المعنى عند ما حصلت الهند على استقلالها . وقبول الطرفين لهذا العمل على أنه قانون. هوالذى ولّد قانوناً ملزماً فى هذا الخصوص . وقد استنتجت المحكمة ، فى ذات النزاع ، الركن المعنوى عن طريق تحليل مقارن للمراكز الواقعية . فقد قابلت المحكمة بين المرور لأغراض مدنية والذى سكت عنه بسبب السماح ، وبين الصور الأخرى للمرور ، كمرور القوات المسلحة الذى يقتضى الإذن المسبق . وجدير بالذكر أن القضاء لا يستبعد الركن المعنوى إلا إذا استبان أن الركن المادى غير مؤكد . وهذا هو ما جرت عليه محكمة العدل فى قضيتى اللوتس والملجأ ، أما إذا تأكد العنصر المادى للمحكمة فإنها تربط به العنصر المعنوى .

٢٧٢ — هذا وليس من الميسور أن تقوّم الدور الذى يلعبه السلوك السلبى فى تكوين القواعد العرفية ، ذلك أن السكوت ، من حيث هو ، محل خلاف من حيث دلالته . وقد اعتبرته محكمة العدل كافياً فى قضية اللوتس — لتكوين القاعدة العرفية . إننا لانستطيع أن ننكر أن العديد من القواعد العرفية المستقرة قد تكونت عن طريق السلوك السلبى ، بيد أن هذه السلبية لم تعد لها ذات فعالية التى كانت من قبل . فالمشكلة يحكمها الآن اعتباران : الأول هو سهولة المواصلات والاتصالات بحيث أصبح فى استطاعة كل دولة أن تكون على علم سريع بمجريات الأمور الدولية التى يمكن أن تكتسب صفة القاعدة . والثانى هو ذلك الاتجاه الملحوظ فى تصرف الحكومات بشأن الاحتفاظ بسلطة تقديرية حيال التصرفات التى تأتيها الدول الأخرى ورفض التفسيرات التى تزعمها تلك الدول الأخرى لسكوتها . ومن ثم فإنه يلزم أن نوازن بين هذين الاعتبارين عند تقويم الركن المعنوى . وربما كانت القاعدة الأولية التى

تحقق هذا التوازن هى أنه إذا امتد السكوت لفترة طويلة كافية رغم تكرار السوابق ، فإن الركن المعنوى يفترض توافره فى هذه الحالة .

٢٧٣ — وأخيراً فنحن لا يمكن أن نجرد تفسير القواعد العرفية من مشكلة التطبيق المكانى لبعض هذه القواعد . فثمة مذهبيات متعارضة تفرق بين الفكر الرأسمالى والفكر الاشتراكى . فى البلاد الاشتراكية نلحظ عداء للقواعد العرفية التقليدية التى ترعرعت فى ظل البرجوازية ، الأمر الذى دعا إلى تزايد أهمية المعاهدة كدليل على أحكام القانون الدولى . ويعتبر تطور الجرف القارى مثلا موضحاً لهذه الحقيقة ، فهو يشهد بأن القاعدة قد أرسيت عن طريق الوفاقات الدولية ، وتبعاً فهو يشير إلى تغلب المعاهدة كأساس لتكوين العرف ، على نظرية الأساس الرضائى للعرف .

٣ — مبادىء القانون العامة

General Principles of Law
Principes Généraux du Droit

٢٧٤ — كانت المعاهدات والعرف هما الأصلان الشرعيان لأحكام القانون الدولى ، وكان العرف — إلى بدايات القرن العشرين — هو صاحب الغلبة على المعاهدات كدليل على الأحكام الدولية . وإزاء عدم وضوح العرف الذى تدعى به دولة من الدول فى بعض الأحايين ، فقد تكرر التجاء الحكومات للمبادىء العامة ، وقد انعكست هذه الحقيقة على ذهن واضعى نظام محكمة العدل فوجدوا أن المعاهدات والعرف لا يكفيان وحدهما لتكوين مدونة القانون الدولى ، فأضافوا إليها « مبادىء القانون العامة التى أقرتها الأمم المتمدينة » . وأول ما يتبادر إلى الذهن عند شرح مدلول هذا الأصل الشرعى ، هو أن هذه المبادىء هى أصلا مبادىء القانون الداخلى للدول ، وأنها مبادىء لقيت قبولا عاماً كقاعدة جوهرية من قواعد العدالة ، ومن ثم فإن اعتبارها بهذه الشروط ، قاعدة من قواعد القانون الدولى يبدو أمراً مبرراً . ولكن الوضعىّ المتمسك بوضعيته يرفض أن تلتزم الدول آلياً بمبادىء عامة مستوحاة من نظم القوانين الداخلية ، فهو لا يقبل ضمن قواعد القانون الدولى سوى ما يجد له تأييداً صحيحاً فى عمل الدول . أما فقيه القانون الطبيعى

– الذى يعطى للقانون مدلولا عالمياً، والذى يرى أن كلا من القانون الدولى والقانون الداخلى قد انبثقا من نظام قانونى واحد لكى يوائم كل منهما مستويات عمل مختلفة – فإنه يقبل وحدة المبدأ الأساسى فى كل من النظامين كما هو موحد فى طبيعة الأشياء .

٢٧٥– وبجانب هاتين النظريتين ، توجد نظرية ثالثة ترى فى المبادىء العامة قانوناً مشتركاً لشعوب جميعها ، وقانوناً بين الشعوب كذلك بوصف أن كلا القانونين هو انعكاس للآخر . وفى هذا المجال ، مجال تماثل القواعد ، يمكن أن يثور الخلاف ، فيمكن مثلا أن نقول إن مبدأ قدسية المعاهدات مبدأ عالمى ويجب أن يكون أساساً فى كل من القانون الداخلى والقانون الدولى ، ولكن ليس مطلوباً منا أن نقبل القول بأن ثمة قاعدة فى النظامين تحتم تعادل منافع الطرفين فى حالة إبطال المعاهدة .

٢٧٦– ويقول الدكتور الغنيمى (١) إن النظرة الوضعية للمبادىء العامة نظرة غير شافية ، فهى تهدف إلى التقليل من خطر صرف وصف « المبادىء العامة » إلى العمل والأنظمة التى ليست جوهرية فى الواقع ولكنها نسبية ومحلية ، فهذه قد تكون مناسبة لتصديرها إلى القانون الدولى ولكنها ليست جزءاً منه . ومن ثم نستطيع أن نقول إن هناك ، عملا ، درجتين من المبادىء العامة : تلك التى تعتبر ، بسبب حجيتها الذاتية ، أساسية للنظم القانونية عموماً ، وتبعاً فهى جزء من قانون الشعوب بمعناه الدقيق ، وتلك التى تمتد ، بمقتضى القياس أو بغير ذلك من الأساليب القانونية ، من نظام أو نظم قانونية داخلية إلى القانون الدولى لأنها يمكن أن تزودنا بالحل العادل ، وإن لم يكن الحل الوحيد .

ومثل النوع الأول من المبادىء العامة : مبدأ « الملتزم عبد التزامه » ، وإساءة استعمال الحق ، والقواعد المنطقية فى الإثبات . ومثل النوع الثانى من المبادىء العامة : التقادم ، والارتفاق ، وأوصاف الإبراء بلا سبب ، وهذه يمكن أن تدخل فى قواعد النظام العام التى أنف بيانها. بجانب هذا توجد مبادىء عامة خاصة بالقانون الدولى نفسه مثل : حق البقاء ، وحق

(١) المرجع السابق ص ٥٠٢ – ٥١٢ والمراجع المشار إليها بالهوامش .

الاستقلال ، وحق المساواة ، وحق الاحترام ، وحق ممارسة التجارة الدولية (١) .

٢٧٧– ونشير هنا إلى أنه ليس كل مبدأ قانونى عام معترف به فى قوانين الدول المتمدينة يمكن نقله إلى القانون الدولى . فهناك مثلا القاعدة التى تقرر أنه لا عقوبة بدون نص سابق ، فقد فشلت هذه القاعدة ، على الرغم من عموميتها فى القوانين الداخلية ، فى أن تصبح من المبادىء العامة الدولية . كذلك فإن هناك رأياً يقول إن تبنى المبادىء العامة ، من الصنف الثانى ، أى المستعار من القانون الداخلى ، هو أمر يلزم محكمة العدل وحدها ولكنه لا يلزم غيرها من الأجهزة القضائية الدولية .

نظرة عملية فى مبادىء القانون العامة كأصل شرعى

٢٧٨– على الرغم من أن نظام محكمة العدل جعل من مبادىء القانون العامة دليلا من أدلة الأحكام ، فإن أحكام القضاء الدولى قد استفادت بهذا الدليل فى نطاق محدود ، ولعل مرد ذلك إلى أن القانون الدولى التقليدى كان يهتم أساساً بالعلاقات الدبلوماسية بين الدول فلم يكن فى حاجة ماسة إلى هذا الدليل . هذا فضلا عن أن جهات القضاء الدولى ، ومنها محكمة العدل الدولية ، تعتمد فى قبول أحكامها على رضاء الدول ، ومن ثم فإن هذه الجهات يجب أن تحرص كل الحرص فى تطبيق مبادىء القانون العامة حتى لا تتهم بأنها تقوم بدور المشرع الدولى دون رخصة بذلك ، وإن كان الاتجاه إلى الاعتماد عليها قد بدأ يزداد الآن(٢).

(١) ويختصر بعض الفقهاء هذه الحقوق إلى حقين هما حق السيادة وحق ممارسة التجارة الدولية ، ويكتفى آخرون بحق واحد هو حق البقاء الذى تنبع منه باقى الحقوق ، ويضيف فريق ثالث إلى هذه الحقوق الخمسة حقاً سادساً هو توازن القوى . ويسمى ردسلوب **Redslob** هذه الحقوق « المبادئ الأساسية فى القانون الدولى » وهو التعبير الذى أوردناه فى المتن ، وهو يعددها فى أربعة هى : مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات ، مبدأ حرية الدولة ، مبدأ المساواة ، ومبدأ التضامن . راجع **Redslob, Robert : Histoire des Grands principes du Droit des Gens. Paris, 1923.**

– ويذهب آخرون ، مثل روسو وحافظ غانم ، إلى إطلاق تعبير « اختصاصات » بدلا من « حقوق وواجبات » .

(٢) فقد استهدفت محكمة العدل الدولية هذه المبادىء فى حكم مضيق كورفو (٩ إبريل ١٩٤٩) إذ أخذت بوسائل الإثبات غير المباشرة المقبولة فى جميع النظم القانونية عند تعذر الالتجاء لوسائل الإثبات المباشرة بسبب الرقابة التى تفرضها الدولة على إقليمها .

أنواع مبادىء القانون العامة

٢٩٧ – يمكن تصنيف مبادىء القانون العامة فى ثلاثة:

١ – مبادىء تعالج وتفسر أنواع العلاقات القانونية كافة:

لعل أوسع مبدأ من مبادىء تفسير القانون الدولى ، هو مبدأ الإنصاف . وقد ثار النقاش حول ما إذا كان هذا الإنصاف **equity** هو جزء من القانون ، أو أنه طباق **Contithesis** للقانون فى المعنى الذى تكلمت فيه المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية على قواعد العدل والإنصاف . ومن ثم فإننا يجب أن نفرق بين الإنصاف فى الفكر الرومانى والإنصاف فى الفكر الأنجلوسكسونى وكذا الإنصاف كمبدأ من مبادىء التفسير . إن الإنصاف – كمبدأ تفسيرى – هو بلا شك من المبادىء العامة التى تأخذ بها التقنينات الحديثة كافة تحت مسميات مختلفة مثل : « العدالة » و « المنطق » و « العدالة الطبيعية » ، وبهذا المعنى طبق المبدأ فى بعض القضايا الدولية(١) .

إن التفرقة بين هذه المبادىء العامة التفسيرية وبين تلك التى تشكل المادة الخام لتطور فروع القانون الدولى ، مسألة لها أهميتها فى هذا العالم الذى تفرقه المذاهب الفكرية المختلفة ، ذلك أن تطبيق هذه المبادىء لا يتأثر بالخلافات المذهبية ولا يدخل فى مدركها ، ومن هنا تستطيع هذه المبادىء أن تسهم مساهمة جيدة فى تطور القانون الدولى .

٢ – مبادىء تضمن الحد الأدنى من العدالة :

لعبت هذه الفئة من المبادىء دوراً ملحوظاً فى ضبط المبادىء المتعلقة بمسئولية الدولة . ومن هذه المبادىء : المبدأ الذى يمنع القبض على شخص أو احتجازه لمدة غير محددة دون محاكمة قضائية ، ومبدأ أن المرء لا يمكن أن يكون قاضى قضيته، ومبدأ عدم جواز القضاء فى دعوى دون إفساح المجال للخصم لإبداء دفاعه ، وقد ألمح الميثاق العالمى لحقوق الإنسان إلى طائفة من هذه المبادىء فى بعض مواده(٢) .

(١) من ذلك قضية **Cayuga Indians** . لقد بقى الكايوجا بعد تقسيمهم بين بريطانيا وأمريكا إثر حرب ١٨٦٢ – على الجانب الكندى ، ولذلك رؤى أن لهم حقا – طبقا للقانون الدولى والعدالة – فى أن يحصلوا على نصيب من المدفوعات السنوية التى تؤديها الولايات المتحدة طبقاً لمعاهدة بينها وبين بريطانيا .

(٢) مثل المواد ٩ – ١٢ .

٣ – مبادىء موضوعية ترشحها حجيتها فى القوانين الداخلية لأن تصدر القانون الدولى :

وهذه هى أكثر المبادىء إثارة للجدل بسبب غموض نطاقها وميوعة حدودها ، ولذا فإن لعلم القانون المقارن ، فى هذا المجال ، أهميته الخاصة . ومثال هذه المبادىء ، مبدأ الإثراء بلا سبب **unjust enrichment** وهو من المبادىء التى تبنتها التقنينات الحديثة(١) . وتقوم فلسفة هذا المبدأ على أنه لا يجوز لأحد أن يثرى نفسه على حساب الغير دون سبب قانونى ، وهى فلسفة تصلح لأن تصدر إلى القانون الدولى . بيد أن مفهوم التعبير « دون وجه حق » يحتاج إلى أن يستعير نظرة فى القانون الدولى تختلف عنها فى القانون الداخلى ، ليتكيف المبدأ المذكور مع متطلبات العلاقات الدولية ، ذلك أن العدالة فى علاقات الدول أمر يبدو أكثر تعقيداً وتضليلا من نظرية السبب فى القانون الداخلى : فتقدير ما إذا كانت الدولة قد أثرت على حساب دولة أخرى أو على حساب مصالح أجنبية هو من المسائل المعقدة التى تتطلب – بجانب بحث أسانيد الحق – دراسة تاريخ العلاقات السياسية والاقتصادية بين الدول . وثمة حالات مبسطة فى العلاقات الدولية للإثراء بلا سبب . وذلك كان الوضع فى قضية **Lena Goldfields** التى تتلخص وقائعها فى أن الحكومة السوفيتية اتفقت مع هيئة أجنبية على تطوير مناجم للذهب فى روسيا ، ولكنها استولت على هذه المناجم فيما بعد ضمن حركة التأميم التى قامت بها . وقد حكمت محكمة التحكيم بأن الاتحاد السوفيتى أثرى بلا سبب باستيلائه على هذه المناجم دون دفع مقابل الموجودات والخبرات التى استخدمت فى العمل(٢) .

٢٨٠ – بيد أن الأمر لا يرد بهذا اليسر فى العلاقات الدولية ، وربما كان مبلغ المقابل الذى يدفع لقاء تأميم مصالح أجنبية هو من أكثر الأمور الخلافية فى الفقه بما لا يتسع المجال هنا لمناقشته . ويرى الدكتور الغنيمى أن مبدأ الإثراء بلا سبب هو من المبادىء التى يمكن أن ترتق الفتق بين المذهبيات الفكرية التى ينقسم إليها عالم اليوم . كذلك فإننا يمكن أن نستفيد من هذا

(١) عرفت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ ، كما تضمنه القانون المدنى المصرى .

(٢) **Lena Goldfields Arbitration, 1929-30, Annual Digest, Case No. 1.**

المبدأ لتنسيق العلاقات بين الدول الرابية والدول النامية . فليس خافياً على أحد أن الدول الرابية استطاعت ، خلال حقبة ممتدة من الاستعمار ، أن تحصل على مزايا ومنافع اقتصادية ما كان يتيسر لها أن تحصل عليها لو أن مبادىء المساواة المقبولة كانت هي التي تحكم علاقة هذه الدول الرابية بمستعمراتها . فلو أننا نظرنا إلى عقود الامتياز التي منحت لرعايا بريطانيا في الشرق العربي أثناء السيطرة البريطانية على المنطقة ، لهالنا الثراء غير المشروع الذي عاد على بريطانيا من جراء هذه العقود على حساب دول المنطقة . وهذا يصدق على وضع هولندا في أندونيسيا ، والولايات المتحدة في المنطقة الأمريكية وكثير غيرها . صحيح أن المصالح العامة والخاصة للبلاد المستعمرة قد استفادت نتيجة هذا الاستغلال ، بيد أن موازنة الوضعين تسفر عن أن الأمر لم يكن عادلا ، وأن ما كسبته الدول الرابية قد فاق بكثير ما حققته الأقاليم النامية(١) .

٤ — أقوال كبار الفقهاء(٢)

٢٨١ — أورد نظام محكمة العدل أقوال كبار الفقهاء كأصل احتياطي لأحكام القانون الدولي ، مسوياً بينها في المرتبة وبين أحكام المحاكم ، فكلاهما ليس دليلا أصلياً على الأحكام . بيد أن أقوال كبار الفقهاء كثيراً ما تمارس سلطة أدبية لها قيمتها في تفهم أحكام القانون الدولي (٣) ، بيد أنه لا ينبغي

(١) لهذا طالب الدكتور الغنيمي في مؤلفه « نظرات في العلاقات الدولية العربية » الدول الغنية بأن تقدم المساعدة الاقتصادية للدول الفقيرة ، وأن هذا الالتزام يكون قاعدة من قواعد القانون الدولي المعاصر .

(٢) يقابل أقوال كبار الفقهاء في القانون الدولي الحديث ، قول الصحابي كأصل شرعي . والصحابي عند جمهور الأصوليين في الشريعة الإسلامية ، مسلم طالت صحبته مع النبي . . متبعاً إياه كالخلفاء الراشدين . وقال بعض الأصوليين : الصحابي من آمن برسول الله قبل الحديبية ، وكانت الملكة الفقهية متوافرة لديه . . وعند جمهور المحدثين : الصحابي من لقي النبي مسلماً ومات على إسلامه ولو تخللت ذلك ردة . وينقل الآمدي أن الجميع على وفاق في أن قول الصحابي في مسائل الاجتهاد ليس بحجة على غيره من الصحابة المجتهدين ، أما قول الصحابي الذي يضاف إلى زمن النبي فهو حجة اتفاقاً لأنه يعتبر سنة مروية عن الصحابي — أنظر بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ص ٣٧٢ — ٣٧٥ . ومن ثم فإن قول الصحابي فيما يدرك بالقياس والرأي ، وهو المعادل لأقوال كبار الفقهاء ، محل خلاف ، فالبعض يأخذ به والبعض يلتفت عنه ، شأن الحال في الفقه الدولي المعاصر .

(٣) ففقيه مثل جيدل كان له أثر خلاق فيما يتعلق بتطوير أحكام قانون البحر . وقد كسب فقهاء آخرون سمعة عالمية تؤهلهم للقيام بدور مماثل .

الإغضاء عن العوامل الشخصية التي تؤثر على الفقيه في إبداء آرائه ، فكثيراً ما يعكس الرأي الفقهي تحيزاً وطنياً أو شخصياً ، فبعض الفقهاء الإنجليز تسيطر عليهم فكرة الإمبراطورية البريطانية وسيادة انجلترا على البحار . كما تأثر كثير من فقهاء إيطاليا بفكرة الجنسية والقومية ، إذ هي التي قامت عليها وحدة إيطاليا . ومعظم فقهاء القانون الدولي في أوربا الغربية متأثرون في كتاباتهم بنظرية سيادة الأخلاق الدينية المسيحية : ونقول إن أمثل المبادىء القانونية في هذا الصدد واردة في الشريعة الإسلامية ، وقوامها التسامح وعدم التعصب والسمو ، ولا عجب فهي شريعة عامة للناس كافة ، لا فرق بين عربي ولا أعجمي ولا أسود ولا أصفر ولا بين شعب وآخر . ومع ذلك فإن الإستناد إلى آراء الفقهاء لتأييد مفهوم معين يشكل عملا واسع الانتشار ، وكثيراً ما أخذت محكمة العدل بهذه الآراء دون أن تشير إليها في أحكامها التي تحرر مسودتها بطريقة جماعية(١) .

٥ — أحكام المحاكم Judicial Decisions

٢٨٢ — ذكرنا أن أحكام المحاكم لا تعتبر دليلا أصلياً على أحكام القانون الدولي . وأن نظام محكمة العدل جعل منها أصلا احتياطياً (٢) : بيد أن ثمة حالات ينظر فيها إلى هذه الأحكام على أنها دليل له حجيته لبيان حكم القانون : ولا شك أن تواتر الأحكام على معنى معين لا بد أن يكون له معقبات هامة في القانون .

وأحكام المحاكم على أنواع : فمنها أحكام هيئات التحكيم (٣) Arbitral tribunals التي تحتوي مادة القانون الدولي على جمع ضخم منها ،

(١) ومن الأدلة التي يمكن القول بأنها تشبه آراء الفقهاء ، مشروعات المواد التي تعدها لجنة القانون الدولي ، وتقارير تلك اللجنة ، ومشروعات هارفارد ، وقرارات معهد القانون الدولي ، وغير ذلك من الجهات العلمية .

(٢) نشير هنا إلى أن الفقه الإسلامي لم يعتمد كثيراً في تشكيل نظرياته وصياغة مبادئه على أحكام المحاكم ، وإن كان هذا الفقه لا ينكر قيمة تلك الأحكام التي لعبت دوراً ضئيلا كأصل شرعي للأحكام الإسلامية .

(٣) أنظر مقالا بالفرنسية عن « اللجوء إلى التحكيم الدولي » للدكتور إبرهيم محمد العناني ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني من السنة الثانية عشرة . وقد جاء بهذا المقال أن محكمة العدل الدولية أفتت بأن هيئة الأمم المتحدة شخصيتها الدولية ، الأمر —

وأشارت محكمة العدل إلى بعضها فى قليل من أحكامها ، ومنها أحكام محكمة العدل الدولية فى عهديها . إن مهمة هذه المحكمة ، فى المقام الأول ، هى تطبيق القانون وليس خلقه ، ومع ذلك فإن الحكم الذى تصدره بإجماع آراء قضاتها ، لا بد أن يكون له أثره على تطور القانون الدولى . ولعل خير مثال على ذلك ، الآثار الحاسمة التى كانت لأحكام وفتاوى محكمة العدل الدولية منذ عام ١٩٤٧ ، فى خصوص التعويضات التى يحق للأمم المتحدة أن تقتضيها ، وجريمة إبادة الجنس البشرى ، والمصايد — على القانون الدولى العام . وقد كانت هذه الأحكام أساساً لاجتهاد لجنة القانون الدولى فى تقنين الأحكام الخاصة بالموضوعات المقابلة ، وإن لم تأخذ اللجنة ببعض ما انتهت إليه المحكمة من رأى .

٢٨٣ — وقد جاءت عبارة المادة ٣٨ — التى اعتبرت أحكام المحاكم دليلا احتياطياً — مطلقة ، ومن ثم فإنها تنصرف إلى أحكام المحاكم الداخلية بقدر ما تنصرف إلى أحكام المحاكم الدولية . ولذا نجد كثيراً من الفقهاء يشيرون ، فى دراستهم لموضوع بعينه من مواضيع القانون الدولى ، إلى أحكام المحاكم الداخلية . وقد ساهمت هذه الأحكام فى توضيح بعض الأفكار الدولية مثل الاعتراف بحالة الحرب وبالحكومات والدول والاستخلاف الدولى والحصانة الدبلوماسية وتسليم المجرمين وجرائم الحرب والاحتلال الحربى وقانون الغنيمة ، بيد أنه يجب ألا يغرب عن البال أن قيمة هذه الأحكام فى الاستدلال تختلف من محكمة إلى أخرى وفق إمكانيات المحكمة وتعمقها فى دراسة الموضوع[1] .

— الذى يتأدى إلى الدول بأهليتها لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، وأن لها أن تطالب بحقوقها من طريق الادعاء الدولى . كما جاء به أن اللجوء إلى التحكيم هو « acte juridique international fondé sur un acte conventionnel antérieur entre les parties. Cet acte est l'engagement de recourir à l'arbitrage. Les parties sont les personnes juridiques internationales.

(١) يرى القائلون بثنائية عناصر العرف أن أحكام القضاء الدولى والداخلى تعد من عوامل تكوين العرف بوصفها من الوسائل التى تدل على وجود العنصر المعنوى اللازم لتكوين الحكم المشتق من العرف — حامد سلطان ، المرجع السابق ص ٥٦ .

— هذا ومن الأحكام التى لها أهميتها فى النطاق الدولى ، أحكام المحاكم العليا فى الدول الاتحادية ، مثل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الاتحادية السويسرية ، حيث يفسح المجال أمامها للفصل فى المنازعات التى تثور بين الولايات . وهذا النوع من المنازعات له طابعه الذى يمكن أن يستفاد به فى المنازعات الدولية بسبب توافر العنصر الدولى فيها إلى درجة لا بأس بها .

ويمكن أن ندرج ضمن المحاكم التى يعتد بأحكامها كأصل ثانوى ، أحكام المحاكم العسكرية ، وتأتى فى القمة منها محكمتا نورمبرج وطوكيو اللتان كان لأحكامهما مغزى عميق الأثر فى القانون الدولى .

وأحكام المحاكم وما لها من حجية الشىء المقضى فيه بالنسبة للنزاع الذى فصلت فيه ، ومحاولة المحاكم أن تسير على ما سبق لها أن قررته من مبادىء فى منازعات سابقة ، كثيراً ما يدفع أشخاص القانون الدولى العام ذوى الإرادة الشارعة إلى إضفاء صفة القانون على تلك المبادىء .

٢٨٤ — ويعتبر رجوع محكمة العدل إلى أحكامها السابقة من أظهر مميزات نشاط تلك المحكمة ، فكثيراً ما تقول فى حكم أو رأى لاحق إنها قررت مبدأ ما أو تبنت نظرية بعينها فى حكم أو رأى سابق . ومثال ذلك قضية اللجنة الأوروبية للدانوب[1] . بل إن المحكمة ذهبت إلى أكثر من هذا فنجدها تقول إنه ليس من شىء استجد كى تغير ما سبق أن أخذت به من آراء . وفى قضية ما فروماتس ترددت المحكمة فى أن تكون بتطبيقها شروط الانتداب على فلسطين قد تناقضت مع الرأى الذى أبدته فى فتواها الخاصة بمراسيم الجنسية فى تونس ومراكش . كما خصصت المحكمة جزءاً كبيراً من حكمها فى قضية الرهون الصربية لبيان أن ما أحاله إليها اتفاق التحكيم بعيد عن المبادىء التى قررتها فى أحكامها السالفة فى هذا الموضوع وأحالت الطرفين إلى ما سبق أن قالته فى تلك الأحكام . بيد أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن المحكمة سارت على الفكرة الأنجلوسكسونية التى تعطى للسوابق حجية فيما يلى من منازعات ، إذ أن المحكمة لم تذهب إلى أنها ملزمة باتباع المبادىء التى تضمنتها أحكامها السابقة ، وإنما جرت على احترام تلك المبادىء .

٢٨٥ — هذا ويرتبط الكلام على أحكام المحاكم كدليل من أدلة أحكام القانون الدولى ، بقضية الفراغ فى أحكام هذا القانون **Lacune** .

ويقصد بالفراغ فى القانون الدولى ، قصور المعاهدات والعرف عن تقديم الحل المطلوب للمشكلة المطروحة أو النزاع المعروض[2] . ويمثل

(١) وهى المنازعة التى ثارت بعد إعادة تنظيم الريخ موحدا فقد أصرت ألمانيا مع ذلك على أن يبقى لها ممثلان فى اللجنة .

(٢) **Siorat. Lucien : Le Problème des Lacunes en Droit International, Paris 1958, p. 23.**

الفراغ مشكلة من المشاكل التى يمكن أن يقابلها القاضى عند الفصل فى نزاع ما (١) . والذين يقرون فكرة الفراغ فى القانون الدولى يفرقون - فى موقف القاضى من هذه المشكلة - بين ما إذا كان القاضى قد اكتسب اختصاصه من القانون العام **Compétence de droit commun** أو من اتفاق الطرفين **Compétence d'attribution** . فى الحالة الأولى تعود إلى القاضى سلطة تحديد نطاق اختصاصه وطبيعة الوظيفة التى يؤديها . أما فى الحالة الثانية فإنه لا يقوم بدور القاضى فى مفهومه الدقيق ، بل يطلب إليه أن يحكم فى الدعوى طبقاً لقواعد العدل والإنصاف (٢) ، ولذا فإن الاختصاص العادى للقاضى هو تنظيم أحد النظم الدولية العامة ، حالة أن الاختصاص الاستثنائى للقاضى هو أحد النظم الدولية الخاصة . وإذا كان الفراغ يعنى قيام حالة لا يتضمن العرف ولا تتضمن المعاهدات لها حلا ، فإن القاضى يملك ملء هذا الفراغ استناداً إلى أن ذلك هو اختصاص ضمنى لازم له لممارسة وظيفته القضائية ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة إلى نص صريح يخوله هذا الاختصاص . وهنا تكون مهمة القاضى تطوير التنظيم القائم طبقاً لمتطلبات المنطق والعدالة مستعيناً بضوابط الاستنباط أو التفسير . ويجب التفرقة بين مشكلة الفراغ وبين مشكلة أخرى ترتبط بها ، هى واجب القاضى أن يفصل فى نزاع لا يجد له حكماً فى القانون . وإذن فإن مشكلة موقف القاضى من النزاع الذى لا يجد له حلا فى القانون تثير ما إذا كان على القاضى ، فى هذه الحالة ، أن يحكم لمصلحة الدولة المدعى عليها أو أن يملأ الفراغ بطريقة من طرق الاستنباط القانونية ، أو أن يمتنع عن الحكم فى الدعوى ، وهو ما يمكن أن يعتبر إنكاراً للعدالة **dénie de justice** . وبدهى أن هذه

(١) من المشاكل الأخرى التى يمكن أن يقابلها القاضى ، مشكلة غموض القاعدة القانونية وعدم انسجام مفهومها منطقيا أو اجتماعيا .

(٢) تنص المادة ٢/٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية على أنه لا يترتب على النص على أن وظيفة المحكمة هى أن تفصل فى المنازعات وفقا لأحكام القانون الدولى « أى إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل فى القضية وفقا لمبادىء العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك » ، وهذا معناه تخويل القاضى سلطة الفصل فى الدعوى طبقا لما يقدره عادلا ، وهذه فى رأى الكثيرين يعتبر مهمة خلاقة شبيهة بالدور الذى تؤديه الدول أنفسها فى خلق قواعد القانون ، لأن القاضى لا يتقيد فى هذا الشأن بالقانون العام . وواضح أن هذه السلطة الاستثنائية لا يملكها القاضى إلا بناء على اتفاق صريح بين طرفى المنازعة .

المشكلة تثور فى حالة ما إذا لم يتفق الطرفان على إجازة القاضى أن يحكم فى الدعوى طبقاً لقواعد العدل والإنصاف .

٢٨٦ – ولكن فريقاً من الفقهاء ينكر وجود مشكلة الفراغ فى القانون الدولى ويرى أن القائلين بهذه الفكرة قد أساءوا فهم الأمور (١) . ذلك أن قاعدة القانون الدولى لا تعدو أن تكون واحدة من اثنتين : قاعدة تلزم الدولة بواجب ما ، وقاعدة تضمن حرية الدول فى تصرف ما ، ومن ثم فليس هناك فراغ بالمعنى الصحيح حتى فى النظام القانونى البدائى . ومع ذلك فإن القانون الدولى الوفاقى ، ومعه القضاء الدولى ، يتكلم عن وجود فراغ أصيل ، فنجد مثلا أن معاهدة التحكيم والتوفيق الألمانية السويسرية ، التى أبرمت فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ، تنص فى مادتها الأولى على أنه للمحكمة – فى حالة وجود فراغ قانونى – أن تحكم فى الدعوى طبقاً للمبادىء القانونية التى يرى أنها يجب أن تكون من بين قواعد القانون الدولى ، مستوحية فى ذلك الحلول التى يقول بها الفقه والقضاء . والقول بوجود فراغ قانونى يضع ، من الناحية السياسية القانونية ، قيداً على السلطة التقديرية للدول ذات السيادة ، فى الوقت الذى تعتبر فيه هذه السلطة سمة من سمات القانون الدولى . هذا فضلا عن أنه يزعزع مبدأ شرعية التنفيذ ، وهو المبدأ الذى يقرر أن تنفذ المبادىء الفرعية فى نطاق القواعد العامة التى تخضع لها . على أنه يمكن القول بأن ثم نوعاً من الفراغ القانونى غير الأصيل **non athentiqe** ؛ وذلك عند ما يخلو الوفاق الدولى من تنظيم موضوع كان يجب أن ينظمه ، مثل سكوت عهد عصبة الأمم عن كيفية إنهاء نظام الانتداب ، وسكوت ميثاق الأمم المتحدة عن أحكام الانسحاب من العضوية . ولكن هذا لا يثير مشكلة الفراغ القانونى فى المفهوم الذى يقول به الفقه ، لأن الأمر هنا يقتضى وضع قاعدة جديدة لتنظيم ما جرى السكوت عنه وليس ملء فراغ قانونى . وهذا مثلا ما فعله مجلس عصبة الأمم المتحدة - بالنسبة للإنتداب – بمناسبة حصول العراق على استقلالها .

(١) **Paul Guggenheim : Les principes de l'ordre juridique en droit international.**

مجموعة محاضرات لاهاى ١٩٥٣ ج ١ ص ١٢٩ .

٢٨٧ ـ والصحيح أن مشكلة الفراغ القانونى ليست مشكلة أصيلة فى القانون الدولى لأن الأصل فى الأشياء هو الإباحة ، فكل ما سكت عن حكمه يعتبر مباحاً طبقاً لهذا الأصل . والإباحة هنا إباحة قانونية تستند إلى مبدأ قانونى (١) ، وهذا هو المبدأ الذى تأخذ به النظرية الإسلامية . وتثبت الإباحة – فى الفقه الإسلامى – بالنص الشرعى على إباحته ، كما تثبت بالإباحة الأصلية ، فالأصل فى الأشياء ، كما ذكرنا فى الكتاب الأول ، هو الإباحة ، فإذا لم يدل دليل شرعى على حكم معين فى فعل من الأفعال فحكمه الإباحة بالبراءة الأصلية .

سلطة القضاء فى مواجهة النقص فى قواعد القانون الدولى

٢٨٨ ـ يذهب رأى (٢) إلى أنه ينبغى رفض كل فكرة تؤكد أن النظام القانونى الدولى هو نظام كامل لا يعتوره نقص ولا يوجد فيه فراغ . ذلك أن هذا النظام ، شأنه شأن كل مجموعة قواعد تنظم روابط معينة ، هو بالضرورة غير كاف لمواجهة كل العلاقات الدولية المتميزة بتطورها الدائم والتى تفرز الكثير من الحالات التى تفتقر إلى قواعد قانونية تحكمها ، ذلك أن القواعد القانونية التى يشتمل عليها النظام القانونى الدولى إلى الآن إنما هى القواعد التى فرضتها الدول بإرادتها فى شكل اتفاقات تحكم علاقات معينة ومحدودة ، وهى بهذه المثابة قاصرة عن مواجهة الحالات الجديدة التى نشأت بين الدول كأثر لنمو روح التعاون بينها ولا سيا فى الأعوام الأخيرة . ومحكمة العدل الدولية ، بوصفها هيئة من هيئات القانون الدولى ، عليها تبيان حكم القانون فى كل حالة تعرض عليها ، فإذا وجدت صعوبة فى الكشف عن قاعدة وضعية لمواجهة حالة من الحالات ، فإنها لا تملك التخلى عن الحكم بحجة عدم وجود قاعدة مكتوبة أو قاعدة عرفية ، لأنها – وهى المنوط بها سلطة الفصل فى المنازعات وسلطة إعطاء الفتاوى الاستشارية – منوط بها كذلك ، بحكم دورها ، سلطة خلق القواعد الجديدة . وهذه السلطة هى

(١) الدكتور حامد سلطان ، أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ٥٣ .

(٢) الدكتور مفيد شهاب ، دور محكمة العدل الدولية فى تفسير وخلق قواعد القانون الدولى ، رسالة دكتوراه بالفرنسية ، دار الكاتب العربى للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٦٧ ص ٢٩٥ .

جانب من وظيفتها القضائية : ذلك أن رسالتها وحقوقها وواجباتها ، على ما يبين من نص المادة ٣٨ من نظامها الأساسى ومن الأعمال التحضيرية لهذا النص من ناحية ، ومن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٤٧ من ناحية أخرى ، إنما تركز على الطبيعة الإنشائية لوظيفتها والدور المنوط بها فى « تطوير القانون الدولى » . إن المحكمة تستطيع إذن ، طبقاً لهذا الرأى ، علاج النقص الذى تجده فى النظام القانونى الدولى عن طريق خلق القواعد القانونية اللازمة لسد هذا النقص . وليس هذا مجرد رخصة للمحكمة ، بل إنه تكليف والتزام . فهى لا تترخص فى إعلان « نقص القانون » ، ولا تستطيع أن تمتنع عن الحكم أو عن الإفتاء ، شأنها فى ذلك شأن كل محكمة أخرى ، إذ تلتزم جميعاً مبدأ مفاده أنه متى طرح على المحكمة نزاع فإنه لا بد أن يجد له حلا ، ومن ثم فإذا خذلت محكمة العدل ، الدول المتداعية برفضها الحكم ، أو فروع الأمم المتحدة برفضها إعطاء الفتوى ، متذرعة بعدم وجود قاعدة قانونية ، فإنها تكون قد تنكرت لرسالتها فى حل منازعات الدول وفى تطوير قواعد القانون الدولى .

الوسائل التى تتبعها محكمة العدل فى خلق القواعد القانونية

٢٨٩ ـ استطاعت محكمة العدل الدولية أن تضيف للنظام القانونى الدولى قواعد جديدة عن طريق تفسير هذا النظام نفسه ، فقد رأت أن هذه الإضافة تتم بصورة أفضل إذا هى استندت إلى النظام القائم ذاته وتسترت وراء تفسير القواعد الموجودة . وهكذا اتبعت المحكمة ما كان يقول به **Saleilles** من ضرورة تجاوز حدود التشريع ولكن بواسطة التشريع نفسه . وقد حققت ذلك ، دون أن تفصح ، بفضل التجائها للمبادىء العامة للقانون ، سواء مبادىء القانون الدولى أو مبادىء القوانين الداخلية ، وبواسطة بعض وسائل التفسير المنطقية : التفسير بالافتراض (نظرية الاختصاصات الضمنية) أو التفسير بالقياس ، وغير ذلك من وسائل التفسير التى استطاعت بها أن تجد حلولاً لحالات غير متوقعة ولا يوجد لها حل فى القواعد الموجودة ، محققة بذلك عملا إنشائياً بالدرجة الأولى ، لا يتم بطريقة آلية ، ولا يعتمد على نظرة شخصية للمحكمة ، وإنما يراعى – فى المقام الأول – اعتبارات موضوعية

تجعل القاعدة صالحة بصفة عامة ، وليست مقصورة على مواجهة الحالة المعروضة فحسب(١) .

أمثلة لالتجاء المحكمة لنظرية الاختصاصات الضمنية(٢)

٢٩٠ – فى رأى محكمة العدل الاستشارى الصادر فى ١١ إبريل سنة ١٩٤٩ الخاص بالشخصية القانونية للأمم المتحدة وحق الأمم المتحدة فى طلب التعويض عن الضرر الذى يلحق موظفيها أثناء تأدية أعمالهم – قالت المحكمة

«Selon le droit interntional l'organisation doit être considérée comme possédant des Pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, Conférés à l'organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des
Conférés à l'organisation en tant qu'essentiels á l'exercice des
Fonctions de celle—ci»(٣).

فبهذا التفسير الواسع ، وبالاعتماد على نظرية الاختصاص الضمنى **Pouvoir ipmlicite** استطاعت المحكمة أن تعترف للأمم المتحدة بسلطة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحق موظفها (الكونت برنادوت) أثناء تأدية عمله فى فلسطين ، على الرغم من أن هذه السلطة لم يرد لها ذكر سواء فى الميثاق أو فى أعماله التحضيرية(٤) . كما استندت المحكمة للنظرية ذاتها فى رأيها الاستشارى الصادر فى ١٣ يوليه ١٩٥٤ بشأن آثار أحكام المحكمة الإدارية للأمم المتحدة : فقد قررت فى هذا الرأى أن سلطة الجمعية العامة فى إنشاء محكمة إدارية لموظفى الأمم المتحدة هو اختصاص ضمنى لها رغم عدم وروده صراحة أو ضمناً فى الميثاق أو فى أعماله التحضيرية(٥). **Il n'ya aucune disposition expresse»**.

(١) مفيد شهاب ، المرجع السابق ص ٣٥٧ – ٣٥٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٥ وما بعدها .

(٣) وترجمة ذلك أنه « طبقا لأحكام القانون الدولى يجب أن نعترف للأمم المتحدة بكل السلطات – حتى وإن لم ينص عليها الميثاق صراحة – تعتبر ضرورية ولازمة لمباشرة المنظمة لوظائفها » .

(٤) بسبب هذا الدور الإنشائى للمحكمة ، اختلف بعض قضاتها مع الأغلبية التى اعتنقت هذا الرأى – أنظر الرأى المخالف للقاضى **Hackworth** ، مجلد المحكمة سنة ١٩٤٩ ص ١٩٨ – ورأى القاضى « كريلوف » ص ٢١٧ .

(٥) صدر هذا الرأى رداً على سؤال كان قد وجه للمحكمة عن إمكان عدم تنفيذ حكم صدر من المحكمة الإدارية لموظفى الأمم المتحدة مقرراً تعويضاً عن فصل تعسفى لأحد موظفيها ، –

en vue de la création de corps ou d'organes judiciaires, ni d'indication contraire ... (mais) la Capacité de ce faire est nécessairement impliquée par la Charte».

التحكيم فى الاسلام

٢٩١ – التحكيم ، وسيلة قديمة عند العرب لفض المنازعات بطريقة سلمية ، فالمنازعات التى بين أفراد القبيلة كان يحكم فيها شيخها ، والمنازعات التى بين قبيلة وقبيلة كان يحكم فيها أجنبى عنهما كشيخ قبيلة أخرى أو هيئة مشتركة يختارها الطرفان المتنازعان ، وهو مثيل لما يحدث اليوم من التحكيم بين دولتين إذ كانت القبيلة وحدة دولية إذ ذاك . ومن أمثلته قبل بعثة الرسول وقبل ظهور الإسلام ، التحكيم الذى حصل بين حاتم الطائى وبين زيد الخيل فى بداية القرن السابع للميلاد (١) .

٢٩٢ – تحكيم النبى محمد فى كل ما يجد من نزاع بين المسلمين كأمة وبين اليهود كأمة فى معاهدة مكتوبة :

وذلك أن النبى لما هاجر من مكة إلى المدينة وآخى بين المهاجرين والأنصار ونظم أمور المؤمنين تحت إمرته ، بدأ ينظم ما بين هذه الأمة الأسلامية وبين غيرها من الأمم المجاورة . وبدأ باليهود الذين كانوا حول المدينة ، وذلك لما كان بينهم وبين بقية أهل المدينة ممن أسلموا ، وهم الأنصار ، من احتكاك قد يودى إلى منازعات ، وكان الفريق الأول فى المعاهدة ، المهاجرون والأنصار كأمة ودولة ، والفريق الثانى اليهود كأمة ودولة ، وقد أقرتهم المعاهدة على دينهم وأموالهم لا يجبرون على الإسلام شريطة ألا يحاربوا المسلمين ولا يعينوا أحداً عليهم ، وشرط كل طرف لنفسه كما اشترط عليها ، بل تضمنت المعاهدة السياسة الداخلية والخارجية لدولة الإسلام فكأنها القانون العام بشقيه الداخلى والخارجى . والذى يعنينا من نصوصها ما كان خاصاً بالاتفاق مقدماً على التحكيم فى كل نزاع يطرأ بين المسلمين واليهود ، واختيار النبى صلى الله عليه وسلم كحكم بين الطرفين على أن يقضى بما أمر

= ودفع بعدم قانونية إنشاء المحكمة الإدارية لموظفى الأمم المتحدة نفسها – أنظر **C.I.J., Rec. 1954, p. 57.** ، وانظر كذلك فتوى المحكمة الصادرة فى ١١ يوليه ١٩٥٠ بخصوص جنوب غرب إفريقيا ، مجلد أحكام وفتاوى المحكمة سنة ١٩٥٠ ص ١٢٨ .

(١) أنظر فى هذا التحكيم ، سيديو ، خلاصة تاريخ العرب ص ٣٧ و ٣٨ .

الله من حق وعدل ، وبما يراه رسول الله، فقد ورد فى الكتاب أى فى العهد أى المعاهدة ما يأتى : «وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حديث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى الله وإلى الرسول» .

٢٩٣ – ولما كانت هذه أول معاهدة مكتوبة فى الإسلام بين الأمة الإسلامية وبين غيرها من الأمم اليهودية والنصرانية ، فقد سارت على نهجها المعاهدات التى عقدها خلفاء الرسول من بعده وقواد جيوش المسلمين ، وهى دالة على عدم صحة ما يذهب إليه بعض الفقهاء ، مسلمين أو غير مسلمين ، من أن الإسلام لا يعرف صلة تربط دولته أو دوله بالدول الأخرى إلا على أساس الحرب ، وأنه يقسم العالم إلى دار إسلام ودار حرب فقط[1] .

٢٩٤ – إن هذه المعاهدة السياسية قد جاءت فى الواقع ميثاقاً جمع السياسة الداخلية والخارجية للإسلام ، أى جاءت قانوناً عاماً بشقيه الداخلى والخارجى وتفوقت على كل ميثاق وكل قانون وكل سياسة إنشائية سمت حتى اليوم ، وكونت بإطلاق نصوصها عصبة من الأمم الإسلامية والأمم المسيحية واليهودية، لم يصل إلى تحقيقها الرسل والأنبياء السابقون ولا الساسة والفقهاء اللاحقون ، وضمنت للأقليات حقوقها والتمتع بأداء شعائرها وواجبات دينها. وحققت نظرية الحرب المشروعة وحددت التدخل فى غير حالة الحرب المنصوص عليها فى المادة ١٦ من ميثاق عصبة الأمم واشترطت له الاستنصار وإذن أهل الحرمة . ولقد جاءت هذه المعاهدة أنموذجاً سارت على أسسه ومبادئه السامية بقية المعاهدات التى عقدها النبى والخلفاء الراشدون ومن تلى الخلافة بعدهم[2] .

تحكيم النبى محمد فيما بين المؤمنين كأمة وبين نصارى نجران كأمة :

٢٩٥ – قدم وفد نجران على الرسول بالمدينة ، وعلى رأسهم شرحبيل بن وداعة الهمدانى وكانوا يمثلون ثلاثاً وسبعين قرية ومائة وعشرين ألف مقاتل على ما ذكره ابن إسحاق فى سيرة ابن هشام ، وسألوه ما تقول فى عيسى

(١) التفرقة بين دار الحرب ودار الإسلام وردت فى كتب الفقه وبعضها أضاف إليها دار المعاهدين ، وهذا التقسيم إنما قرره الفقهاء بحكم الواقع لا بحكم الشرع .

(٢) المستشار على على منصور ، الشريعة الإسلامية والقانون الدولى العام ، ص ٢٠٩ وما بعدها . وانظر نص المعاهدة المشار إليها ص ٢١٣ – ٢١٤ .

فاستمهلهم حتى نزل الوحى بالآيات «إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون ، الحق من ربك فلا تكن من الممترين ، فمن حاجك فيه من بعد ما جاءك من العلم فقل تعالوا ندع أبناءنا وأبناءكم ونساءنا ونساءكم وأنفسنا وأنفسكم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين» فأبوا أن يقروا بذلك . فلما دعاهم للمباهلة والملاعنة أبوا . وقال شرحبيل إنى رأيت خيراً من ملاعنتك قال ، وما هو ، قال أحكمك اليوم والليلة فمهما حكمت فهو جائز . وأراد الرسول أن يستوثق من وكالة شرحبيل عن أهل نجران ، فسأل باقى أعضاء الوفد فقالوا ما علمنا فى نجران من يخالف أمر شرحبيل ، ونحن وقدهم لديك وشرحبيل رئيسنا . فكأنه حكم الرسول فيما بين نصارى نجران كأمة ، وفيما بين المسلمين كأمة . وكتب الرسول كتاباً تضمن الحكم إلى أسقف أهل نجران ، ولو تأملنا نصوص هذا الحكم أو القرار لوجدناه بين وحدتين دوليتين ؛ بين أمة من المؤمنين بالمدينة وبين أمة النصارى بنجران ، وأنه ضمن لهم حرية العقيدة وبالغ فى التعبير عن ذلك بمترادفات بغية توكيد هذا المعنى ، وأنه أبقى على سلطانهم ودولتهم . وقد يدل سياق القول أيضاً على أن هذا العهد دائم غير موقوت بمدة لقوله «على ذلك جوار الله ورسوله أبداً» وما داموا ناصحين مصلحين غير متحازين لظالم ولا متلبسين لظلم[1] .

نظرة فى القانون الدولى

٢٩١ – القانون الدولى هو نظام جزائى[2] ، أى مجموعة من القواعد

(١) أنظر نص هذا العهد بالمرجع السابق ص ٢١٦ ، وقد روى مثله البيهقى بإسناد صحيح إلى ابن مسعود .

– وفى هذا العهد أقطع دليل على أن الإسلام لم يقم بحد السيف وأنه لم يفرض شريعته على أصحاب الأديان السماوية الأخرى بل تركهم وما يدينون – راجع ص ٣٠ – ٣١ .

(٢) الجزاء مسألة نسبية ، وليس من المتصور أن يماثل الجزاء الذى تزود به قاعدة تطبق على الأفراد مع الجزاء الذى تستقل به قاعدة تخاطب دولا ذوات سيادة. إن مهمة القانون الدولى التقليدى هى تنسيق قواعد التعايش بين الدول، فقرامه تحريم التدخل فى سيادة الدولة على إقليمها ومنع الطغيان على حقها فى استثمار مواردها الطبيعية . وفى هذا التعلق من التواهى يبدو الجزاء العقابى الوسيلة اللائقة لفرض الأحكام . فإذا لم توجد سيادة عليا تملك سلطة الجزاء ، فإن الجزاءات الأساسية التى تمارسها الدول حيال بعضها البعض تكون هى الحرب وأعمال القمع **reprisals** وتتسع عند آخرين –

مزودة بجزاءات اجتماعية منظمة يمكن تطبيقها كرد فعل لما يرتكب من مخالفات فهو إذن ، والقانون الداخلي ، من طبيعة فلسفية واحدة ، ولذلك تثور في العمل مشكلة تحديد نطاق تطبيق كل من القانونين : وتزداد هذه المشكلة أهمية بسبب النزاع حول تحديد دائرة النشاط المحفوظ لمطلق تصرف الدول والذي أشارت إليه المادة ٢ / ٧ من ميثاق هيئة الأمم المتحدة بقولها « ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشئون التي تعد من صميم السلطان الداخلي لدولة ما ، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق ، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع » .

نظرية ثنائية القانونين Dualism : La Théorie Dualiste

٢٩٢ – يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن القانون الدولي والقانون الداخلي نظامان قانونيان متساويان ، مستقل أحدهما عن الآخر غير متداخل

– لتشمل صوراً أخرى أهمها المعاملة بالمثل **retorsion** ونعني بها أعمال الثأر **retaliation** والحصر السلمي **pacific blockade** والتدخل **intervention** . وأعمال القمع ، وهي عادة أعمال غير مشروعة ، يؤذن بها استثناء لترد بها الدولة على انتهاك دولة أخرى لحقوقها . فهي صورة من صور المساعدة الذاتية **self-help** تجرى عن طريق تدخل محدود في مصالح دولة جزاء انتهاكها لمصالح الدولة المتدخلة . وهي تمس مصالح محدودة فحسب ولا تتوفر فيها نية الحرب . وحق الدول في إتيان أعمال القمع قد تأثر بالمواد ٢/٣ و ٢/ ٤ و ١/٣٣ من ميثاق الأمم المتحدة التي تفرض على الدول أن يفضوا منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية .

هذا والدولة العضو في منظمة الطيران المدني الدولية يمكن أن تعاقب بحرمانها من مزايا تنظيم الملاحة الجوية ، وهذا له أهميته وتأثيره . ومن الجزاءات الفعالة الحرمان من المساعدات التي يمكن أن يقدمها البنك الدولي للإنشاء والتعمير والمنظمات المنتسبة إليه أو المرتبطة به .

– على أننا لا يمكن أن ننكر الحاجة إلى تطوير الجزاء في معناه التقليدي ، فياحبذا لو استطاعت الجماعة الدولية أن تجهز نفسها بقواتها العسكرية التي تمكنها من فرض إرادتها على الدول الأعضاء كبيرها وصغيرها .

– هذا وقاعدة التعادل أي المبادلة والمعاملة بالمثل مبدأ دولي سبق الإسلام به القانون الدولي الحديث بقرون طويلة . وأصل هذه القاعدة في الإسلام قول الله تعالى « والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فمن منع تجارتك امنع تجارته ومن حاربك بسلاح كالغازات السامة مثلا ، فحاربه بالسلاح نفسه والبادي أظلم . ويقول الإمام محمد عبده في تفسير الآية : الحرمات هي ما يجب احترامه ويجب أن يجري فيه القصاص والمساواة – تفسير المنار جـ ٢ ص ٢١٢ . وقد استدل الشافعي بالآية على وجوب قتل القاتل بمثل ما قتل به فإن ذبح يذبح وإن خنق يخنق

فيه (١) . ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تنظم العلاقة بين كلا القانونين الدولي والداخلي على نمط العلاقة بين أي نظامين قانونيين مستقلين الواحد منهما عن الآخر . ففي الشئون الدولية ، وهي محل تطبيق القانون الدولي العام ، ليس لأي قانون داخلي بصفته داخلياً أي سلطان ، ولا يمكن اعتبار قواعده بصفته هذه من قواعد النظام العام . ولا هو ينظم التصرفات الدولية أو يرتب عليها آثارها . ولا يمكن كذلك أن يسمع من دولة في شأن دولي عذر عن إخلال بواجب دولي أو عدم إطاعة لنص من نصوص القانون الدولي العام بزعم أن قواعد قانونها تختلف عن قواعد القانون الدولي العام في هذا الموضوع ولا تسمح لها ، من ثم ، بالقيام بما عليها من واجب دولي .

نظرية وحدة القانونين Monism : La théorie moniste

٢٩٣ – ينظر أصحاب هذه النظرية (٢) ، على عكس سابقتها ، إلى القانون على أنه وحدة متكاملة من قواعد ملزمة سواء أكانت ملزمة للدولة أم للأفراد أم لوحدات أخرى . فعندهم أن علم القانون هو حقل واحد من المعرفة ، والنقطة الحاسمة إنما هي معرفة ما إذا كان القانون الدولي قانوناً بالمعنى الحقيقي أولا . فإذا تابعنا فرض أن القانون الدولي له صفة القانون فإنه يستحيل في رأيهم إنكار أن القانونين يكونان جزءاً من تلك الوحدة التي تقابل وحدة العلم القانوني ، ومن ثم فإن أية نظرة ، عدا التوحيد ولا سيما النظرة الثنائية ، إنما تعادل إنكار صفة القانون على القانون الدولي . وإذا قلنا بوحدة القانونين فطبعي أن يلي ذلك التساؤل عن أي القانونين هو الذي يعلو على الآخر ، أهو القانون الدولي أم القانون الداخلي ؟

لا يحبذ البعض علوية القانون الدولي على القانون الداخلي . وعنده أن مسألة العلوية تتحكم فيها اعتبارات ليست قانونية خالصة ، بينما يؤكد البعض الآخر علوية القانون الدولي حتى في النطاق الداخلي ، الأمر الذي يزكيه الإقرار للفرد بالشخصية الدولية .

ولقد وجد بجانب هذه النظرية نظرية أخرى هي النظرية الطبيعية في وحدة

(١) حامد سلطان ، القانون الدولي العام في وقت السلم ، ١٩٦٢ ص ٢٧ .

(٢) أنظر **Kelsen : General Theory, op. Cit., 369.**

Lauterpacht : The Functions of Law in the international Community 1933, p. 431.

القانونين . وعند أصحاب هذه النظرية يعتبر كل من القانون الدولى والقانون الداخلى تابعاً وفى مرتبة أدنى لنظام قانونى ثالث ، يعرف عادة بالقانون الطبيعى أو المبادىء العامة للقانون ، يعلو على القانونين وقادر على أن يحدد لكليهما نطاق مشروعيته(1) .

نظرية التنسيق Coordination

٢٩٤ – تجنب أنصار هذه النظرية الخلاف الناشىء عن انقسام الرأى حول ثنائية ووحدة القانونين الدولى والمحلى ، قولا إن النتائج المنطقية لهاتين النظريتين تتعارض مع السلوك الذى تسلكه الأجهزة والمحاكم الدولية والوطنية ، إن كلتا النظريتين تفترض أن ثمة حقلا مشتركاً يمكن فيه لقواعد القانونين الدولى والداخلى أن تعمل فى وقت واحد ، ومن هنا ينتقد البعض النظريتين تعويلا على أن النظامين لا يمكن أن يتصارعا كنظامين طالما أنهما يعملان فى مجالين مختلفين ، وكلاهما يعلو فى مجاله . ومع ذلك فقد يوجد التنازع بين الالتزامات كعجز الدولة على المستوى المحلى فى أن تتصرف على النحو الذى يتطلبه القانون الدولى ، وعندئذ لا يفقد القانون المحلى مشروعيته وإنما تترتب المسئولية على الدول فى الحقل الدولى . وقد نادى روسو بمثل هذه الآراء واصفاً القانون الدولى بأنه قانون تنسيق وتعايش ، فهو لا يرتب الإلغاء الآلى للقواعد الداخلية التى تتنافى مع قواعده . إن هؤلاء الفقهاء يفضلون الواقع العملى على النظريات وهو ما يستأهل أن نعرض له فى عجالة .

نظرة فى العمل الدولى

٢٩٥ – إذا أردنا أن نتبين مدى تطبيق المحاكم المحلية لقواعد القانون الدولى ، فيجب أن نفرق بين القواعد العرفية والقواعد الاتفاقية الدولية من ناحية ، وبين القانون التشريعى والقانون الذى يصنعه القضاء من ناحية أخرى ؛

يفرق العمل البريطانى الحالى ، فى الرأى الراجح ، بين القواعد العرفية الدولية والقواعد الاتفاقية الدولية ، فيعتبر الأولى جزءاً من قانون البلاد وتطبقها المحاكم المحلية بهذا الوصف مقيدة بقيدين : — (أ) ألا تخالف القواعد التشريعية سواء أكانت هذه القواعد التشريعية سابقة أم لاحقة على القاعدة العرفية المعنية .

(1) Rousseau, Charles : Droit international public, paris 1969, pp. 10—12,

(ب) إذا حددت المحاكم البريطانية العليا فحوى القاعدة العرفية فإن على المحاكم البريطانية الأخرى أن تتقيد بهذا التفسير .

ويجرى القضاء البريطانى ، فى تفسيره للقاعدة القانونية ، على محاولة تفسير النصوص التشريعية تفسيراً يتفق مع أحكام القانون الدولى ، هذا ما لم يكن النص صريح المخالفة لأحكام هذا القانون . كذلك فإنه لا يعامل القانون الدولى ، من حيث الإثبات ، معاملة القانون الأجنبى بمعنى أنه يتطلب إثبات هذا القانون بطريقة رسمية ، بل يتحرى أحكامه من مصادره الاستدلالية المختلفة .

بيد أن الوضع يختلف بالنسبة لمحاكم الغنائم البريطانية لأنها محاكم أقيمت خصيصاً لكى تطبق أحكام القانون الدولى . لقد قررت هذه المحاكم فى حكمها الصادر فى القضية المعروفة باسم قضية زامورا **The Zamora** أن محاكم الغنائم لا تتقيد باللوائح التى تخالف أو تغير من أحكام القانون الدولى ، ولكنها بطبيعة الحال تلتزم بتطبيق القوانين التشريعية ولو خالفت أحكام القانون الدولى .

٢٩٦ – هذا عن القواعد العرفية ، أما بالنسبة للقواعد الاتفاقية الدولية فإن القضاء يضع فى اعتباره المبادىء الدستورية التى تحكم العلاقة بين السلطة التنفيذية وبين البرلمان ، ولذلك استقر على القواعد التالية :

المعاهدات التى تمس الحقوق الخاصة للرعايا البريطانيين ، أو التى تتضمن تعديلا للقانون العام ، أو التشريع ، أو غير ذلك من النصوص ، أو التى تضفى سلطات إضافية على التاج ، أو التى تلقى أعباء مالية إضافية على الحكومة البريطانية ، وكذا المعاهدات التى ينص فيها صراحة على ضرورة تصديق البرلمان عليها ، والمعاهدات التى تتضمن تنازلا عن الإقليم البريطانى — كل هذه يجب أن تمهر بموافقة البرلمان .

وطبقاً لقرار أصدره مجلس اللوردات فإن المعاهدة التى تصدر بتشريع تعلو على ما سبقها من تشريعات محلية خالصة .

٢٩٧ – ويتفق العمل الأمريكى تقريباً ، بالنسبة للقواعد العرفية ، مع العمل البريطانى ، ولكنه يختلف معه اختلافاً جذرياً فيما يتعلق بالقواعد الاتفاقية ، ويرجع ذلك إلى نص الدستور الأمريكى الذى يقرر أن

المعاهدات يعتبر القانون الأعلى فى البلاد . فإذا كانت المعاهدة متفقة مع أحكام الدستور ولاتقتضى استصدار تشريع لإعمالها لأنها قابلة للنفاذ بذاتها **executing** فإنها تعتبر « طبقاً للدستور » جزءاً من قانون الولايات المتحدة الأمريكية ، أما المعاهدات التى يتطلب تنفيذها إصدار تشريع أى أنها **non-self-executing** فإن المحاكم الأمريكية لاتعتبر نفسها ملزمة بها إلابعد صدور التشريع اللازم لإعمالها .

٢٩٨ — وإذا خرجنا عن النطاق الأنجلوسكسونى . نجد أن العمل الدولى يتباين تبايناً جوهرياً ، ويمكن مع الاعتراف بعدم دقة التعميم فى هذا المجال . القول بأن العمل الدولى ينتحى الاتجاهات العامة التالية(١) :

١ — تطبق القواعد العرفية الدولية . فى معظم البلاد ، على أنها من قوانين البلاد دون حاجة إلى إجراء معين يدمجها . شريطة ألا تخالف القانون المحلى الجارى العمل به . والقلة من الدول هى التى تتطلب . لإدماج هذه القواعد ضمن القانون المحلى . اتخاذ إجراءات معينة .

٢ — ليس هناك اتفاق بين الدول فيما يتعلق بأحكام المعاهدات ، فلكل دولة نظامها فى شأن الأخذ بأحكام المعاهدات ضمن القانون الداخلى . فإذا ما أصبحت المعاهدات تشريعاً داخلياً طبقاً لما يرسمه القانون الداخلى من قواعد لذلك ، فإن القلة من الدول هى التى تقدم قواعد المعاهدة على أحكام التشريعات المحلية السابقة أو اللاحقة على صدور هذه القواعد (٢) ، والغالبية من الدول لا تقر للمعاهدة نفسها بعلوية على تشريع الدولة وإنما تخضع المعاهدة فى ذلك لقواعد التفسير التى تحكم التشريع عموماً .

موقف القضاء الدولى من القانون المحلى

٢٩٩ — إن القول بأن المحاكم الوطنية يجب أن تولى اهتمامها الأول إلى القانون المحلى لا يعنى إعفاء الدولة المعنية من مسئوليتها عن تنفيذ التزاماتها الدولية ، ولذلك فإن المحكمة الوطنية التى تطبق قاعدة محلية تخالف القانون الدولى إنما تنتهك بحكمها أحكام القانون الدولى ، وتبعاً فإنها تثير مسئولية

(١) العريني ، المرجع السابق ص ٢١٨ — ٢٢٤ .

(٢) تعتبر هولندا مثالا واضحاً للدول التى تقرر لأحكام المعاهدات ، بعد أن تصبح تشريعاً داخلياً ، بالعلوية على كافة ما يسبقها أو يلحقها من أحكام تشريعية محلية .

حولها دولياً . ومن ثم فإن الدولة لا تستطيع — أمام القضاء الدولى — أن تحتج بقانونها المحلى لإعفائها من المسئولية حتى ولو كان هذا القانون هو دستورها المحلى . وقد أكد هذه النقطة بجلاء حكم التحكيم الذى صدر فى قضية السفن الفنلندية » ولذلك فإن على الدولة التزاما بأن تستصدر التشريعات اللازمة إنفاذاً لالتزاماتها الدولية سواء كانت تلك الالتزامات عرفية أو اتفاقية .

٣٠٠ — وهكذا نجد أن علوية القانون الدولى واضحة فى العلاقات الدولية ، فهو يسمو على القانون الداخلى فى هذا المجال . بيد أن هذا لا يتأدى منه القول بأن القانون الداخلى منعدم القيمة كلية أمام القضاء الدولى ، فكثيراً ما ترى المحكمة الدولية أن الفصل فى نزاع دولى يقتضى منها بداءة أن تتعرف على أحكام القانون الداخلى فى دولة ما ، فلو أن النزاع يدور حول ادعاء الدولة المدعية بأن مواطنها قد أنكرت عليه العدالة المحلية فى الدولة المدعى عليها ، فإن هذا يتطلب بداءة النظر فى أحكام القانون المحلى للدولة المدعى عليها ، وهذا هو ما يسمى بالإحالة دون الاستقبال **reference without reception** . كذلك يلجأ القضاء الدولى كثيراً إلى القوانين المحلية فى الدول المختلفة لكى يتحرى تكوين قاعدة عرفية دولية ، بل قد تستعين محكمة دولية بالقوانين المحلية لاستيضاح إحدى النقاط الغامضة فى القانون الدولى مستعملة فى ذلك القياس . وقد تواجه المحكمة الدولية أحياناً بمهمة الفصل فى النزاع طبقاً لأحكام القانون المحلى فى دولة ما ، وطبقاً لهذه الأحكام وحدها ؛ والمثل البارز على ذلك هو قضية الديون الصربية التى عرضت على محكمة العدل وموضوعها النزاع الذى ثار بين بعض الفرنسيين من حملة سندات القرض الصربى ، والحكومة الصربية الكرواتية السلافية ، فقد طلب حملة السندات الفرنسيون أن تدفع لهم خدمات القرض اعتبارا من سنة ١٩٢٤ على أساس قاعدة الذهب ، بينما ذهبت الحكومة إلى أن الدفع بالعملة الفرنسية يتفق مع أحكام العقود . ولم تكن هذه مشكلة من المشاكل التى يبحث عن حلها فى القانون الدولى ، ولكن الحكومة الفرنسية ، بمقتضى مالها من حق الحماية الدبلوماسية لرعاياها تبنت قضية حملة السندات الفرنسية ، ورفع الأمر إلى محكمة العدل الدولية بموجب اتفاق خاص أبرم بين الحكومتين ، وقد بحثت المحكمة فيما إذا كانت تختص بنظر دعوى يكون الفصل فى النزاع الدائر

فيها مقصوراً على تطبيق القانون المحلي ، وانتهت المحكمة إلى اختصاصها بها بسبب عمومية الحكم الذي تضمنته المادة ٣٦ / ١ من نظامها .

والنظرة السائدة هي أن القضاء الدولي يعتبر القانون الداخلي مجرد واقعة ولا يعطيه اعتباراً قانونياً . بيد أن ما جرى عليه عمل محكمة العــدل الدولية الدائمة ، ومن بعدها محكمة العدل الدولية الحالية ، يبدو أنه لا يتفق دائماً مع هذه النظرة ، ومثال ذلك حكم المحكمة الأولى في قضية القروض الصربية (١) Serbian Loans Case ، وحكم المحكمة الثانية الصادر عام ١٩٥٨ في قضية Guardianship of infants وهي القضــية التي عرض فيها على المحكمة أن تنظر في مدى اتفاق القانون السويدي الصادر في ٦ يونيه سنة ١٩٢٤ لحماية الأطفال الصغار ، مع معاهدة سنة ١٩٠٢ الخاصة بالوصاية ، حيث أخذت المحكمة بفكرة النظام العام كما هي مطبقة داخلياً واستندت إلى أحكام القضاء الدولي فيما ذهبت إليه .

القانون الدولي في الفكر الشيوعي

٣٠١ — نبادر إلى القول بأن ماركس وأنجلز كليهما لم يوليا القانون أهمية كبيرة ولم يخلّفا أبحاثاً تتميز بالدقة في النظرية القانونية ، وإنما نلتقي في أعمالهما بين حين وآخر بفقرات تعالج القانون ، ومع ذلك فإن النظرية السوفيتية في القانون الدولي لا بد أن تتأسس على المفهوم الماركسي . ويمكن القول بأن التفسير الغالب للمذهب الماركسي يربط القانون بالدولة ، فليس من قانون بدون دولة وليس من دولة بدون قانون ، والدولة في الفكر الماركسي تولد عندما ينقسم المجتمع البدائي اللاطبقي إلى طبقات متعادية : طبقة مسيطرة وطبقة مستغلّة . وانطلاقاً من هذا التعريف الماركسي للقانون يمكن القول بأن ما يسمى بالقانون الدولي لا يعتبر قانوناً بالمعنى الفني إذ لا توجد طبقات في المجتمع الدولي ، كما أن القانون الدولي يقف موقف الحياد من الصراع الطبقي

(١) قالت المحكمة في هذا الحكم : «... All that can be said in this respect is that the Court may possibly be obliged to obtain knoledge regarding the municipal law which has to be applied. And this it must do, either by means of evidence furnished by the parties or by means of any researches, which the court may think fit to undertake or to Cause to be undertaken» —(1929), P.C.I J., Ser. A, No 20.

داخل الدول بوصفها أشخاص القانون الدولي (١) . بيد أن المصالح السياسية للدول الشيوعية تدفعها لأن تعترف بالقانون الدولي كمجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم علاقاتها مع غيرها من الدول(٢) . وحاصل القول في هذا الموضوع أن النظرية السوفيتية تؤكد دائماً وجود نظامين اقتصاديين على الصعيد العالمي على طرفي نقيض هما : الشيوعية والرأسمالية . وينبني على ذلك أن ثم أساسين اقتصاديين مختلفين الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة وجود ظاهرتين متمايزتين من البنية العلوية القانونية . فإذا كان القانون الدولي جزءاً من القانون عموماً ، وهو الأمر الذي يعترف به المذهب السوفيتي الرسمي ، فلا بد أن يوجد نظامان منفصلان من القانون الدولي ، أو بعبارة أخرى لا بد من وجود قانونين دوليين يختلفان اختلافاً جوهرياً . وهذا هو ما جرت عليه المحاولات المبكرة التي تلت ثورة أكتوبر ، الأمر الذي حدا ببعض فقهاء المرحلة الأولى إلى إنكار صفة القانون على القانون الدولي . بيد أن النظرية السوفيتية أخذت تتبلور على هدى من المصالح السياسية للدولة ، فرأى البعض — في سبيل تحقيق الانسجام بين المفهوم الماركسي للقانون وبين القانون الدولي — أن يغير من الأساس الاقتصادي ، فيستعيض بالعلاقات الاقتصادية عموماً عن علاقات الإنتاج . وذهب آخرون إلى الكلام عن مصالح الطبقات المسيطرة لا عن الطبقات المسيطرة نفسها . وانتهى فريق ثالث إلى أن للقانون الدولي خصائص ذاتية تفترق به عن القانون الوطني . ويبدو أن هذه المحاولات جميعها لم تنجح في أن تزاوج بين النظرية الماركسية وبين تعريف مقبول للقانون الدولي ، ولذا فإننا يجب أن نقبل هذه الجهود على أنها تطوير للنظرية وليس تقيداً جامداً بها .

القانون الدولي في الفقه الاسلامي(٣)

٣٠٢ — عرف المجتمع الإسلامي قواعد تحكم علاقته بالدول الأخرى ، تلك القواعد المستوحاة من الشريعة الغراء والتي نظمت العلاقات الدولية في

(١) Kelsen : The Communist Theory, op. Cit., pp. 148—149.

(٢) أنظر تفصيلا المراحل التي مرت بها النظرية السوفيتية في تطوير تعريف القانون الدولي — الغنيمي ، المرجع السابق ص ٢٦ وما بعدها .

(٣) راجع هامش ص ٦٨ .

عهد السلم الإسلامى ، وهى التى تكون القانون الدولى الإسلامى . وقد اختلف الفقهاء حول إعطاء تعريف موحد للقانون الدولى الإسلامى وهو اختلاف وقع بين المحدثين (١) لأن فقهاء العصر الأول لم يشغلوا بالهم كثيراً بوضع تعريف للقانون الدولى الإسلامى .

ولست أريد أن أعرض لقواعد القانون الدولى العام فى الشريعة الإسلامية فليس هنا مجال هذا البحث ، وإنما سأتكلم فى عجالة يستلزمها مقتضى الحال عما كان للتعاليم الإسلامية من أثر فى القانون الدولى العام الأوربى ، ذلك القانون الذى لا ترجع المبادىء الأساسية لقواعده لأكثر من القرون الأربعة الأخيرة حيث بدأ اهتمام الدول الأوربية فى تنظيم علاقاتها على أساس من القواعد القانونية الثابتة(٢) .

٣٠٣ ــ والصحيح أن جل هذه المبادىء وغيرها مما لم يتعرض له القانون الدولى الحديث ، واردة فى أحكام الشريعة الإسلامية ، نزل بها القرآن الكريم منذ أربعة عشر قرناً . ولعل لكتاب الغرب بعض العذر لما كان عليه بعضهم من جهل بأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد ، ولما كان عليه البعض الآخر من عقيدة بأن القانون الدولى يجب ألا يمتد نظامه إلى ما عدا الدول الأوربية ومن شايعها من الدول المسيحية المتمدينة (٣) ، فلم يدخلوا الدول الإسلامية ضمن جماعة الدول المتمدينة إلا أخيراً :

(١) أنظر لهؤلاء الفقهاء المحدثين Hamidullah, Mohammad : The Muslim Conduct of state, Lahore 1953. p. 8.

Armanazi, Najib : Les Principes Islamiques et les Rapports Internationaux en Temps de Paix et de Guerre, Paris 1929, p. 40.

Khadduri, Majid : War and peace in the Law of Islam, Baltimore 1955, p. 47.

(٢) الدكتور محمد سامى جنينة ، القانون الدولى العام ص ٦٠ ــ الدكتور على صادق أبو هيف ، المرجع السابق ص ٢٥ .

(٣) من الإنصاف أن نشير إلى أن الدين المسيحى قد قرب بين دول أوربا وساعد من ناحيته على وجود قواعد دولية عامة تحكم صلات الدول ، وإن كان قد تعارض ، من الناحية الأخرى ، مع استقلال هذه الدول وسيادتها فى العصور الوسطى ، بما كان للبابوات من سلطة روحية دينية على جميع الدول المسيحية تطورت إلى التدخل فى شئونها عما حد من استقلالها . فلما تقلصت سلطة الكنيسة ، قام ماكيافيللى بإيطاليا يدعو إلى توحيد إماراتها المختلفة قائلا إن الوسيلة الوحيدة لذلك هى أن يخضع الأمير الأكبر قوة ، باقى الإمارات ــ

ففكرة إنشاء الهيئات والمنظمات الدولية لتنظيم صلات الدول بعضها ببعض وفض المنازعات بينها بالحسنى وإلا فبالقوة ، لم تفكر فيها الدول المتمدينة إلا فى القرن الحالى ، فكانت عصبة الأمم ، وكانت هيئة الأمم المتحدة وليدة النصف الأول من القرن العشرين الميلادى والرابع عشر الهجرى ، ولكن القرآن الكريم سبق منذ أربعة عشر قرناً إلى هذه الدعوة فى أحكم بيان « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين . إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » . كما سبق القرآن إلى دعوة الأمم والشعوب إلى التقارب والتآلف لا إلى التنابذ والتناحر مع التساوى فى الحقوق والواجبات « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ، وهذا التعارف وسيلة انضواء شعوب العالم تحت لواء أمة واحدة تعبد إلهاً واحداً وهى الدعوة العامة والأخيرة فى الإسلام « وإن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » .

وصلات المسلمين ودولهم بغيرهم من الشعوب والدول : إسلامية وغير إسلامية ، فى حالى السلم والحرب ، كانت تخضع لقواعد مفصلة مستمدة من القرآن والسنة ، واطرد اتباعها فى جميع العصور الإسلامية ، وقد أفاض فقهاء الشريعة الإسلامية فى كتب السير وكتب الجهاد وكتب التفسير ، فيما أتى به الإسلام من قواعد تحكم الصلات بين جميع الدول كما أسلفنا . من ذلك أن الإسلام مشتق من السلام ، وهو الأصل فى صلات الدول والشعوب ، والحرب وإن كانت ظاهرة طبيعية . إلا أنه لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى ، ويجب إعلانها وعدم أخذ الناس على غرة . فإذا قامت الحرب ، فلا يصح قتل الشيوخ ولا الأطفال ولا النساء ولا المحارب إذا انهزم وأدبر ،

ــ بالقسر والحرب وبجميع الوسائل ، غير متقيد بقواعد الحرب والأخلاق ، إذ الحق للقوة والغاية تبرر الواسطة . وكتب فى ذلك كتابه « الأمير » عام ١٥١٣م وجاء فيه « لا محل للأخذ بقواعد الأخلاق فى أمور الدولة » ، وأباح للأمير أن يتظاهر بالرحمة والإنسانية والشفقة والتدين ، ويفعل عكس ذلك متى دعت المصلحة إليه ، إذ أن العامة والدهماء فى رأيه تخدعهم المظاهر لأن عقولهم وأفكارهم محدودة ــ أنظر الدكتور أحمد سويلم العمرى ، أصول العلاقات السياسية الدولية ، القاهرة ١٩٥٥ ص ٥٢ .

ولا قتل الأسرى بل أجاز الإسلام الفداء وأجاز المنّ : ويدخل تحتهما جواز تبادل الأسرى . وحرم الإسلام المثلة « التمثيل بجثث القتلى » . ولم تكن الحرب فى الإسلام لشهوة الفتح والتوسع « تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علواً فى الأرض ولا فساداً » . والرأى الغالب أن القرآن لم يسمح للمسلمين بمقاتلة أعدائهم إلا بعد أن بدأوهم بالعدوان وبعد أن تكرر منهم هذا العدوان ، فالإسلام لم يبح الحرب الهجومية وإنما أباح الحرب الدفاعية (١) . وأول آيات القتال نزولا من الله على رسوله « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير . الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق إلا أن يقولوا ربنا الله » . « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين » . « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين » . وليس بصحيح ما اتهم به الإسلام من أنه قام بحد السيف (٢) ، وآيات الكتاب فى ذلك كثيرة « أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن » . « لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى » . « ولو شاء ربك لآمن من فى الأرض كلهم جميعاً أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين » . « إن هو إلا ذكر للعالمين لمن شاء منكم أن يستقيم » .

وأمر المسلمون بعد رسولهم بإبلاغ الدعوة ونشرها بما للناس جميعاً من حق حرية إبداء الرأى ، فمن قاوم الدعوة ، جماعة كان أو دولة ، فقد أخل بحق من أقدس الحقوق ، وبدأ بالاعتداء ، فوجبت محاربته حتى يكف عن عدوانه عليها ومحاربته لها . فإن كانت للمسلمين الغلبة ، فللدولة المغلوبة أحد أمرين : إما أن تدخل فى الإسلام فيكون لها ما للمسلمين وعليها ما عليهم من حقوق وواجبات فى مساواة تامة ، وإما أن تؤثر البقاء على دينها فيكون لها ذلك شريطة أن تدفع الجزية مقابل ما تقوم به الدولة الإسلامية من الذود عن رعاياها وإسهاماً منها فى المصروفات العامة للدولة ، وهؤلاء هم أهل الذمة من الشعوب والأفراد متى كانوا غير وثنيين ، أى

(١) الدكتور محمد عبد الله دراز ، نظرات فى الإسلام ، طبعة المكتب الفنى للنشر ص ١١٩ .

(٢) أنظر رسالة فضيلة الأستاذ الشيخ محمود شلتوت فى الحرب والسلام ص ٢١-٢٤ .

متى كانوا أهل دين سماوى نزل بكتاب معين على رسول معين ولو حرّفوه ، أو متى كانت لهم شبهة كتاب ، ومثل هؤلاء المجوس . فرغم أنهم يعبدون الشمس ، فقد ورد فى حديث على بن أبى طالب أن الله كان لهم كتاب ، وروى عن الرسول الكريم قوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » .

٣٠٤ — هذا وقاعدة تأمين المبعوثين على أنفسهم حتى يعودوا سالمين إلى من بعثهم من أمرائهم أو دولهم ، واحترام حرية السفراء ، سبق الإسلام بها القانون الدولى الأوربى « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » ، ومفاد الآية أن من خرج من بلاده من المشركين وجاء رسول الله ، على الرغم من قيام الحرب ونشوب القتال ، فلا تقتله وأسمعه يا محمد كلام الله ، أى دعوة الإيمان ، فإن آمن بها وإلا فنه عليك وعلى المسلمين أن ترده إلى وطنه سالماً حيث يأمن على نفسه ، وهناك أيضاً تكون له حرية الدين الذى يتبعه (١) . وقد اتبع صلاح الدين الأيوبى ذلك فى حربه مع الصليبيين ، إذ بالرغم من انتصاره كانوا إذا أوفدوا من يفاوضه فى شروط الصلح أمنهم وردهم سالمين ، على عكس ما كان يفعل إذ ذاك أمراء الصليبيين وملوكهم مع رسل المسلمين ومبعوثيهم ، إذ كانوا يقتلونهم ويقتلون أسرى المسلمين(٢) .

٣٠٥ — هذا ولا يفوتنا ، ونحن فى صدد الكلام عن أثر الإسلام فى القانون الدولى العام وأثر الحروب الصليبية فيه ، أن نشير إلى ما ألمع إليه جوستاف لوبون فى كتابه حضارة العرب ، من دور الدين فى تكوين الحضارات حيث قال « كانت المبادىء الدينية على الدوام أهم عنصر فى حياة الأمم ، فأكبر حوادث التاريخ التى أنتجت أعظم الآثار هى قيام الديانات وسقوطها . وإن جميع الأنظمة السياسية والتدابير الاجتماعية قامت منذ بداية التاريخ على معتقدات دينية ، والدين أسرع مؤثر فى الأخلاق ، ولا يدانيه فى ذلك إلا الحب ، والحب دين ذاتى غير دائم » .

(١) أنظر تفسير العلامة أبى السعود ج ٣ فى تفسير هذه الآية وما أورده عن الإمام على فى هذا الشأن إذ سأله أحد المشركين « إذا أراد الرجل منا أن يأتى محمداً بعد انقضاء الأجل لسماع كلام الله أو لحاجة هل يقتل ؟ فقال على رضى الله عنه : لا ، لقول الله وإن أحد من المشركين استجارك فأجره . . . » وانظر أيضاً تفسير الشيخ حجازى للآية .

(٢) الدكتور أحمد سويلم العمرى ، المرجع السابق ص ٤٩ .

ويذهب كسرلنج إلى أن دورة الحضارة تبدأ حينما تتدخل التاريخ فكرة دينية معينة أو مبدأ أخلاقي . وقد سبق ابن خلدون كل هؤلاء في الكشف عن قانون الدورة التاريخية والحضارية .

٣٠٦ — ولئن كانت الحضارة في رأى الفلاسفة (١) هي ذلك الكل المركب الذي يشتمل على المعرفة والعقائد والفن والأخلاق والقانون والعرف وكل القدرات والعادات التي يتجلى بها الإنسان من حيث هو عنصر في المجتمع ، فإن الحضارة الإسلامية وسعت كل هذه العناصر جميعاً ، ويشهد بذلك نكلسون حيث يقول « وما المكتشفات اليوم لتحسب شيئاً مذكوراً بجانب ما نحن مدينون به للرواد العرب الذين كانوا مشعلا وضاء في القرون الوسطى ، قرون الظلام بالنسبة لأوربا » .

على أنه وإن كان فقهاء القانون الدولي العام الأوربيون ينكرون على الحضارة الإسلامية فضلها في القانون الدولي ، فإن الكثيرين من فقهاء وكتاب الفنون الأخرى شهدوا لها بالفضل في دقة وصراحة وأمانة ، وفي هذا أبلغ دليل على تأثر القانون الدولي بالحضارة الإسلامية ، شأنه في ذلك شأن باقي نواحي المعرفة (٢) . وممن أقر بفضل الحضارة الإسلامية ، جوستاف لوبون في كتابه سالف البيان إذ يقول « كان تأثير العرب في الغرب عظيماً ، وإليهم يرجع الفضل في حضارة أوربا ، ولم يكن نفوذهم في الغرب أقل منه في الشرق . . . وحين ازدهرت المدنية الإسلامية في الأندلس في القرنين التاسع والعاشر للميلاد ، كانت المراكز العلمية في عامة بلاد الغرب عبارة عن مجموعة أبراج يسكنها سادة نصف متوحشين يفاخرون بأنهم أميون لا يقرأون ولا يكتبون . وكانت الطبقة العالية المستنيرة في النصرانية عبارة عن رهبان فقراء جهلة . . . وفي القرن الحادي عشر شعرت بعض دول أوربا بالحاجة إلى نفض كفن الجهل ، فطرقوا أبواب العرب إذ كانوا وحدهم سادة العلم ، ودخل العلم أوربا بواسطة الأندلس وصقلية ، وإيطاليا ، وأنشئت في عام ١١٣٠ م مدرسة للترجمة في طليطلة بعناية ريموند رئيس الأساقفة ونقلت إلى اللاتينية أشهر مؤلفات العرب خلال القرن الثاني عشر والثالث عشر والرابع

(١) أنظر العالم الأنترويبولوجي إدوارد بيرنت تايلور في كتابه « الثقافة البدائية » .

(٢) المستشار على على منصور ، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ص ٤١ .

عشر ، ولم يقتصر التراجمة على نقل كتب الفخر الرازي وابن سينا وأبي القاسم وابن رشد وغيرهم من علماء الإسلام ، بل نقلوا أيضا كتب اليونان التي كان المسلمون قد ترجموها إلى لسانهم (١) .

مبدأ الفعالية في القانون الدولي :

٣١٢ — نختم هذا الفصل بالكلام عن مبدأ الفعالية ومدى صحة الأخذ

(١) هذا وللدكتور على سامى النشار والأستاذ مصطفى نظيف بحوث قيمة في إثبات أن المسلمين أول من كشف منهج البحث التجريبي — أنظر لأولهما كتاب نشأة التفكير الفلسفي في الإسلام ، وكتاب مناهج البحث عند مفكري الإسلام ، ولثانيهما دراسته لكتاب « المناظر » لابن الهيثم في كتاب له اسمه البصريات ، وكتاب آخر اسمه تراث الإسلام — وكان لابن الهيثم وحده مائتا كتاب في علوم مختلفة — من رياضة وطبيعة وفلك وغيرها .

— ويقرر روجر بيكون في « الكتاب الأكبر » أن فلسفة ابن رشد نالت إجماع أصوات الحكماء . ويشهد رينان بأن القديس توما الأكويني كفيلسوف ، مدين بكل شيء لابن رشد ، ومثل ذلك قيل في ابن سينا من بولس البندقي والدومنيكي والعالم اليهودي ابن دميس الأشبيلي ، وقد ترجموا الكثير من كتبه في كلية المترجمين بطليطلة .

ويقول العلامة درايبر في كتابه « المنازعة : بين العلم والدين » إن اشتغال المسلمين بالعلوم يرجع إلى احتلالهم الإسكندرية سنة ٦٣٨ م .

— وقال سيديو في كتابه تاريخ العرب « كان المسلمون في القرون الوسطى منفردين بالعلم والفلسفة والفنون ، ونشروها أينما حلت أقدامهم ، وتسربت منهم إلى أوربا فكانوا سبباً لنهضتها وارتقائها » .

— وقال السير وليم أوسلر في كتابه تطور الطب « إن العرب أشعلوا سراجهم من القناديل اليونانية ، وبلغت مهنة الطب عندهم من القرن الثامن إلى الحادي عشر مكانة وأهمية لا نكاد نجد لها مثيلا في التاريخ .

— ويعدد لالاند عشرين من علماء الفلك الأوائل ويذكر بينهم محمد بن جابر الذي أصلح أخطاء بطليموس . ويرجع اهتمام علماء الإسلام بالفلك إلى ما تتطلبه الشريعة الإسلامية من معرفة سمت القبلة (الكعبة) بالنسبة لجميع الأقطار والجهات ، وكذا التأكد من ظهور الهلال وتحديد أوقات الصلاة التي تختلف باختلاف الأماكن وموقعها الجغرافي .

— ويقول ثابت بن قرة عن قانون الجاذبية قبل نيوتن بمئات السنين « إن المدرة تعود إلى الأسفل لأن بينها وبين الأرض مشابهة في كل الأعراض أي في البرودة والكثافة ، والشيء ينجذب إلى ما هو أعظم منه » .

— وابن يونس اخترع بندول الساعة ، وأشار لذلك سيديو وسارتون وبوكر وسميث من علماء الغرب .

— وللمسلمين في عالم الصوت والموسيقى مؤلفات : كتاب مروج الذهب للمسعودي ، وكتاب الموسيقى الكبير والصغير للسرخسي ، وكتاب الإيقاعات للفارابي الذي يقول عنه سارتون « إنه أهم كتاب ظهر في الشرق يبحث في نظرية الموسيقى » .

بهذا المبدأ فى القانون الدولى بعد أن أفردت له الدراسات النظرية فى هذه الأيام مكاناً فسيحاً من الاهتمام .

إن قبول فكرة الفعالية كمبدأ من مبادىء القانون الدولى يتوقف على المفهوم الذى نعطيه للفكرة . فإذا كان المقصود بالفعالية تلك اللمسة السحرية التى تسود الوقائع القاسية على المراكز القانونية القائمة وتغير مقدرتها الذاتية من القانون السارى ، فإن هذا يعنى اقتلاع القانون الدولى من جذوره ، وتغليف سلسلة لا نهاية لها من الأخطاء والمخالفات بغلاف من الشرعية الذاتية ، بمعنى أن تصبح الفعالية مقابل أو بديل المشروعية ؛ **Effectivenes Versus Legality.**

بيد أن هذا لا ينبغى أن يؤدى إلى إغفال فكرة اتخذت لها مكاناً فى أذهان الفقهاء ولقيت بعض الترحيب فى العمل ، ولذا يرى الدكتور الغنيمى(١) أن الصحيح فى موقف كهذا هو أن نقبل الفكرة فى حدود معقولة يمكن أن تتحقق — فى تقديره — فى الصور الآتية : —

(أ) إن سريان بعض القواعد القانونية ، معلق على وجود أو تعاصر وقائع معينة . وفى قول آخر فإن هناك متطلبات واقعية تعتبر شرطاً لسريان بعض القواعد القانونية ، بمعنى أن ثمة شروطاً معينة من الواقع يأخذ بها القانون الوضعى . مثال ذلك أن تملك الإقليم الذى لا سيد له يقتضى توا كب عنصرين هما الحيازة **Corpus** والنية **animus** أى الحيازة الفعلية وممارسة السيادة؛ كذلك لكى يؤدى الحصر البحرى فى وقت الحرب أثره لا بد أن يكون فعالا أى تؤديه قوة قادرة على منع الوصول إلى شاطىء العدو . ولهذه الظاهرة قرين فى القانون الداخلى ، وإنه لإفلاس قانونى أن تقول إن مثل هذه الحالات المتناثرة تفترض قيام مبدأ قانونى ، يسمى مبدأ الفعالية ، فى القانون الدولى .

(ب) هناك حالات لا يمكن فيها أن نضفى على وضع قانونى مشروعية دائمة أبدية حيال دليل واقعى مضاد طال أمده .

وليس مؤدى هذا القول أن الفعالية تغير أو تبدل من قواعد قانونية قائمة ، وإنما المقصود أن هناك حالات تنتهك فيها قواعد القانون الدولى وينجح من ينتهكها فى أن يحصل على اعتراف نتيجة تصرفه غير المشروع ، وهذه الصورة الواقعية البائسة لا تزكى قيام مبدأ عام للفعالية وإنما تكشف عن عدم

(١) المرجع السابق ص ٣٨٩ — ٣٩١ .

ولاء الحكومات والشعوب — فى بعض الوقائع المعينة — لأحكام القانون الدولى الصادقة وتبرز ، فى هذه الوقائع ، استسلام القانون وأشخاصه لهذا الانتهاك . ولذا فإننا لا نستطيع أن نبرر الخروج على القانون ، فى أوضاع كهذه ، بأنه يستند إلى مبدأ قانونى عام هو مبدأ الفعالية ، بل إن العكس صحيح وهو عدم مشروعية هذه التصرفات . ولذا نشهد ، مقابل هذا ، أمثلة فى الواقع العملى لأوضاع تمت بتحدى القانون ولكنها عورضت بقوة فأعيدت الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل المخالفة ، من ذلك استيلاء إيطاليا على الحبشة عنوة سنة ١٩٣٦ واعتراف بعض الحكومات بذلك الوضع وإنكار بعضها له إلى أن أعيد الاستقلال للحبشة بعد الحرب العالمية الثانية .

وقد رفضت محكمة العدل الدولية أن تغلب الفعالية على الشرعية فى عدة قضايا لعل أوضحها دلالة فى الموضوع هى القضية التى ثارت بين بلجيكا وهولندا عام ١٩٥٩ ، حيث رفضت المحكمة أن تقيم وزناً لوضع يد هولندا فترة طويلة وممارستها السيادة خلال حقبة ممتدة — أمام المركز القانونى الذى ثبت لبلجيكا .

(ج) يظهر تاريخ القانون الدولى أن بعض القواعد الدولية قد تغيرت تحت تأثير تطورات واقعية ، أى أن هناك قواعد وضعية غلبت قواعد أخرى عن طريق الانتهاك المستمر ، وهذا هو ما يمكن أن يدخل فى نطاق العرف الدولى كركن مكون له ، كما حصل فى قانون الغنيمة(١) . كذلك ينصرف الكلام هنا إلى سقوط أحكام المعاهدات عن طريق إغفال تطبيقها فترة مستديمة أو بسبب تفسير خاطىء يجرى العمل عليه . وهذا مؤداه فى إيجاز أن مصير القانون الدولى كنظام ملزم يعتمد بغير حق على مجرد عناصر واقعية أو تطورات فعلية ، ومع ذلك فإن القانون الداخلى يتقاسم القانون الدولى شطراً من هذه الظاهرة .

خلاصة

٣١٣ — يخلص لنا من كل ما تقدم أنه ليس ثمة بين قواعد القانون الدولى

(١) ونسترعى النظر إلى أننا نجد أحياناً خلافاً قوياً حول توافر القاعدة العرفية ، فالآراء التى تؤيد وجودها تكاد تتعادل مع الآراء التى تنكر وجودها حتى أنه قد يصعب القول بتوافر الركن المعنوى اللازم لقيام العرف .

قاعده عامة باسم مبدأ الفعالية يمكن أن نعارض به ، كمدرك عام ، فكرة المشروعية légalité . وإنما يمكن الاستفادة بفكرة الفعالية فى ظروف معينة حيث يتعلق الأمر بتأكيد توافر حيازة فعلية منافسة . أما حيث تتغلب الفعالية على المشروعية فإن ذلك يكون من قبيل إساءة استخدام السلطة أو بسبب الالتجاء إلى العنف فى حالات يكون فيها المخالف قادراً على إبقاء مخالفته مستمرة ، وهنا يستسلم القانون فى جزئية معينة دون أن يكون ثم مبرر من مبدأ قانونى عن الفعالية . وأسوق مثالا لذلك قيام « دولة » بنجالاديش فى إقليم باكستان الشرقية بمعاونة الغزو العسكرى الهندى ، واعتراف عديد من الدول بتلك الدولة ، كما أن الجرائم التى ارتكبتها قوات الطوارىء الدولية التابعة للأمم المتحدة فى الكونجو ، وإعراض إسرائيل عن تنفيذ قرارات الأمم المتحدة ومجلس الأمن فى خصوص قضية الشرق الأوسط ، وضمها فى ضم القدس العربية إليها ، واستمرار التحدى الصهيونى — الإسرائيلى للمنطقة فى الأراضى المحتلة بعد الخامس من يونيو عام ١٩٦٧ ، على الرغم من تأكيد المجتمع الدولى ، فى قرار مجلس الأمن رقم ٢٤٢ بوجه خاص ، رفضه لمبدأ تحقيق « المكاسب الإقليمية » ، أى ضم الأراضى بالقوة ، ومجاهرة ساسة إسرائيل ، مع ذلك ، بضرورة تعديل الحدود الدولية لصالحها ، وتصريحات التوسع السافرة التى يطلقونها بنبرة عالية تنتمى إلى عصور الغزو التترى أكثر مما تنتمى لعصر الأمم المتحدة والسيادة الوطنية للدول وللقانون الدولى — كل ذلك من الأمثلة المحزنة لعدم فعالية الأمم المتحدة فى ردع المعتدى وإعمال قواعد القانون الدولى . إن الشعب الفلسطينى بأوضاعه الثلاثة : التشرد واللجوء والأسر ، صاحب حق فى العودة إلى وطنه ، وتبعاً هو صاحب حق فى تحرير وطنه . وهذا الحق سلمت به الأمة العربية ، ووصل هذا التسليم إلى حد الالتزام القومى به . والالتزام يفترض بطبيعة الأمور ، المشاركة العضوية فى مسئولية التحرير ، وإن تنوعت مرحلياً سبل ممارسة هذه المسئولية . كما أن المجتمع العالمى ، وفى الأمم المتحدة بالذات ، أضفى بدوره على هذا الحق تدريجياً وعلى مر السنين ، مشروعية دولية من حيث الاعتراف به ، وبحق النضال بكل الوسائل من أجل تأمين هذا الحق كما ظهر من القرارات الواضحة التى أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى دورتها الأخيرة عام ١٩٧١ . هذا

الالتزام القوى ، والمشروعية الدولية لنضال الشعب الفلسطينى ، ينطلق من حقيقة بدهية هى أن الشعب الفلسطينى بكل قطاعاته رافض لواقعه ومصمم على تغييره بما يتمشى مع تأمين حقوقه الأساسية فى التحرير والعودة ؛ ومن هنا تستمد المقاومة الفلسطينية أهليتها فى قيادة وتمثيل الشعب الفلسطينى كله كما سبق أن ألمحنا . أقول المقاومة لأن المقاومة هى الحالة القصوى من الاستعداد الذهنى والمسلكى لترجمة الرفض الشامل إلى واقع يجرى عملية الاصطدام مع ما هو مرفوض ؛ وهناك حقيقة لا ينبغى أن نغفل عنها تتمثل فى أن القطاع الفلسطينى الرازح تحت نير الاحتلال — فى الضفة الغربية وفى قطاع غزة — لا يملك بالضرورة كل مقومات القدرة على تقرير المصير ، رغم امتلاكه ، أسوة بكل قطاعات الشعب الفلسطينى ، الحق فى تقرير المصير ، ومن ثم فالجزء من الشعب الذى فقد بموجب الظروف المادية والتاريخية ، القدرة على إنزال العقوبات الكافية بالاحتلال ، يسلم بقيادة المقاومة الفلسطينية لنضاله وتمرده وثورته . هذا التسليم لا يعنى مطلقاً ولا يمكن أن يعنى ، أن المتوفر والموجود من الكفاءات القيادية ، أقل جدارة أو أقل التزاماً بأهداف الثورة التحريرية ، ولعل ملاحم البطولة اليومية فى قطاع غزة خير شاهد على ذلك . إلا أن ما وصفته « بالظروف الموضوعية » إنما يتحدد بمدى المشاركة أو المســاهمة فى حالة التعبئة القصوى . لذا فسلطات الاحتلال الإسرائيلى تعمد إلى أن تنفذ من خلال هذا التباين بغية إنزال الوهن وإيجاد حالة تلاشى فى تلقائية تلاحم الشعب مع المقاومة . ومن هذه الزاوية يجب أن ننظر إلى موضوع « انتخابات البلديات » التى تعتزم إسرائيل إجراءها فى إبريل سنة ١٩٧٢ فى الضفة الغربية ، فالفلسطينيون فى الضفة الغربية هم بطبيعة الرزوح تحت وطأة الاحتلال — فى حالة الأسر Captive وبالتالى فإن معطيات تبلور الإرادة وتكاملها مفقودة ، ناهيك عن فقدان معطيات قدرة التعبير عنها ، الأمر الذى يتأدى منه أن ما ينبثق من هذه الانتخابات شكلى مفرغ من أى مدلول سياسى أو أى مفهوم عقائدى أو نتيجة تؤثر فى جوهر العلاقة بين هذا القطاع من الشعب الفلسطينى والمقاومة أو حتى فى شكل هذه العلاقة . إذن « فالانتخابات » المحلية مفرغة — من حيث ظروف القهر التى تجرى فيها ، ومن حيث الحدود الإدارية الضيقة التى تهدف إليها — من أى قيمة سياسية

أو مغزى تاريخى ، على الرغم مما ستحاول السلطات الإسرائيلية أن تصوره من أن ما فعلته يعتبر مقدمة لما سوف يتبع من عمليات ابتلاع للأرض المحتلة ، ومن ستفرزهم مثل هذه الانتخابات التى تجرى فى ظل الاحتلال ، لن يكونوا أبداً وبأى معيار قانونى أو جماهيرى « ممثلين » لشعب فلسطين .

٣١٤ - وهذا أمر لا يحتمل الجدل ، وإن كانت الحجة « القانونية » هنا غير ذات قيمة إزاء « الأمر الواقع » ، ذلك أن الاحتلال نفسه غير قانونى ولكنه « واقع » ، ثم إن إسرائيل لا يهمها بالطبع ، وهذه بديهة أخرى ، أن تخرج بما يمكن أن يكون « قيادات حقيقية » أو « ممثلين حقيقيين » للشعب الفلسطينى ؛ إنها على العكس تطارد كل من يحمل لمحة من هذه الأوصاف . إن ما يهمها هو الشكل تواجه به العالم قائلة « هذا هو الشعب الفلسطينى ، وهؤلاء « ممثلوه » الذين انتخبهم ، وهم يوافقون على هذا الأمر أو ذاك ، وهم لا شأن لهم بقيادات وممثلى « الخارج » . يريدون أمثال أولئك العرب الذين جعلوهم نواباً للوزراء فى إسرائيل من باب الدعاية ، مع طحن مجموع الشعب الفلسطينى طحناً سياسياً واقتصادياً واجتماعياً حتى تهضمه المعدة الإسرائيلية هضماً سهلا .

القضية المطروحة ليست قضية دفوع قانونية أو شرعية إذن ، فالشرعية معنا منذ ربع قرن ولكن الأمر الواقع أو « الفعالية » معهم دائماً . فالمطلوب إذن أن ينظر العرب ، وتنظر القيادات الفلسطينية بالذات ، إلى « واقع » وجود مليون فلسطينى تحت الاحتلال الجديد ونصف مليون تحت الاحتلال القديم وأن تسأل نفسها : ماذا تفعل بهذا « الواقع » لتجعله مؤثراً على الأحداث عبر مراحل المواجهة الطويلة ؟ .

٣١٥ - لا مناص ، فى رأيى ، من المبادرة إلى استخدام هذا « الواقع » فى إطار خطة تستهدف بها الأمة العربية عامة ، والمقاومة الفلسطينية خاصة ، الإدانة السياسية المستمرة ، والضغط الدولى ، والقتال المسلح من الداخل . كما أن مواجهة « واقع » الاحتلال كله - غير الانتخابات - يحتاج إلى خطة أكثر شمولا لا ندعى أننا نستطيع أن ندلى بالطريقة المثلى فيها ، وإنما يكفى أن نشير فى هذا المجال إلى أن أحد مؤتمرات القمة العربية اعتمد مبلغ سبعة

عشر مليوناً من الجنيهات لتدعيم الصمود فى الأراضى المحتلة ، ولا أحسب أن هذا البند قد نفذ منه شيء ، أو دفع منه شيء ، كما لا أحسب أن تدبير المال بكميات كافية من أطراف هذه الأمة العربية لإقامة مشروعات عربية فى الضفة الغربية ، كالمدارس والمستشفيات والمساكن ، لحساب سكان الأراضى المحتلة ، يجد فيها العامل الفلسطينى الذى يعمل فى إسرائيل ، وفى بناء مساكن للمهاجرين اليهود الجدد بالذات [1] ، مجالا يرتزق منه مع زوجه وأبنائه ، بدلا من الموت جوعاً إذا توقف عن العمل فى تعمير إسرائيل ؛

(١) إن الغزوة الصهيونية لم تعد تكتفى بإرساء قواعدها ومنشآتها فى الأراضى العربية وعلى أنقاض الوجود العربى المشروع ، بل أصبحت الصهيونية تسعى إلى القيام بغزوة عقائدية فاشية تستهدف فك انتماء المواطنين اليهود بجذبهم إلى إسرائيل بغية تحقيق أهدافها التوسعية . وهذا التحدى يفرض على القيادات العربية والسوفيتية دراسة الأوجه العقائدية من التحدى الصهيونى لكل القيم الاشتراكية والديمقراطية والحضارية .

- ومن الطريف أنه فى الوقت الذى لا تكف فيه إسرائيل عن دعوة اليهود فى أنحاء العالم الهجرة إلى إسرائيل على تقدير أنها دولة كل اليهود ، دون أن تحدد صيغة معقولة لتعريف اليهودى ، وجدت أعلى هيئة قضائية إسرائيلية نفسها قبل قرابة ثلاث سنوات ، مضطرة إلى تحديد هذا التعريف الذى لا يبدو من السهولة بحيث يمكن الركون إلى قرار محكمة بعولاء . وسيبقى هذا التعريف ، فى رأينا ، بغير تحديد ما دامت الفلسفة الإسرائيلية مصرة على عدم الاكتفاء بصيغة « الإسرائيلى » وتركها مرنة بحيث تستوعب كل يهودى ، وما دامت مصرة على الإيمان بأن الدين اليهودى هو القومية اليهودية . وقد انتهى الأمر بالعقلية الإسرائيلية إلى أن وجدت نفسها عاجزة من تحقيق الانسجام بين السياسة ومفاجآت الواقع ، وبين ما تدعو إليه اليهود وما يفاجئها به بعض اليهود . فى أوج الدعوى الإسرائيلية الهجرة اليهودية إلى إسرائيل لاستكمال عملية « البعث التاريخى » للأمة اليهودية « فى أرض أجدادها » ، ومنح الجنسية الإسرائيلية الأوتوماتيكية لكل يهودى يدخل المياه أو الأجواء الإقليمية الإسرائيلية - فى هذا الوقت بالذات ، وجدت نفسها تتنكر لبعض اليهود وتطاردهم ، وتعرض نفسها لتهمة العنصرية الصارخة . ولست أشير هنا إلى انفجار الصراع الاجتماعى الذى أخذ شكل احتدام التناقض بين اليهود الشرقيين الفقراء وبين اليهود الغربيين الأغنياء ، إنما إلى ذلك الصراع الذى يدور هذه المرة بين اليهودى الأبيض وبين اليهودى الأسود ، والذى وصل إلى حد حرمان الزنوج فى إسرائيل من شهادة الميلاد ، ومن التعليم فى المدارس .

قال أحد السياسيين يوماً « إن أمريكا إسرائيل كبيرة ، وإن إسرائيل أمريكا صغيرة » ، وأمريكا الصغرى تحمل خصائص الكبرى . وفى اعتقادى أنه لم يخطر على بال الإسرائيليين يوماً أن يحملوا ، بهذا الشكل الصارخ ، أفدح أمراض نموذجهم الأمريكى الأعلى . فهل نحتاج إلى بحث طويل القول إن إسرائيل ليست دولة اليهود ، وإن الصهيونية ليست حركة اليهود ، وإنما هى حركة الرأسمالى اليهودى فى أبعاده وعلاقاته المتشابكة : السياسية والاقتصادية ؟ -

٣١٦ — ولا بد كذلك ، من تنظيم نشاط سياسي غير عسكري فى الأراضى المحتلة . إن العمل العسكرى له دوره الذى لا محيد عنه ، ولكن حيث يكون العمل العسكرى متاحاً وحيث لا يكون ، نجد أن المنظمات والنشاطات السياسية التى تستطيع أن تنظم أشكالا أخرى من المقاومة السلبية أو المدنية أو الاقتصادية ذات الطابع السلمى ، هامة جداً . إنها سوار يحيط بالعمل المسلح ، وهى قاعدة لتغذية جذوة الاحتجاج المستمر أمام المحتل وأمام العالم ، وهى قادرة على إحراج إسرائيل ومنازعتها سواء فى عقر دارها أو فى الأراضى المحتلة بعد الخامس من يونيو ؛ أو فى الساحات الدولية .

إن الشعب الفلسطينى يواجه الآن أياماً بالغة الخطورة . فإزاء التفكك العربى ، والتمزق الفلسطينى ، وعمليات الهضم والاستيعاب وتثبيت « الأمر الواقع » التى تتم بسرعة فائقة ، والعجز عن إيجاد منطلقات أساسية جديدة توجه النضال الفلسطينى وتحركه فى جوانبه كافة : العسكرية والسياسية والفكرية والاقتصادية والثقافية ، إزاء هذا كله بات الفلسطينيون معرضين للعودة إلى الشتات النفسى الذى يهون دونه الشتات المادى فى أنحاء الأرض ولا مفر من أن تلتقى القيادات الفلسطينية فى إطار جديد يضم طاقات هـذا الشعب العسكرية والمادية والفكرية والسياسية ، يكون قادراً على خوض النضال من هذه الوجوه المتعددة الجبهات . إن المقاومة الفلسطينية لا يمكن ، على الرغم مما واجهتـه من نكسات ونكبات — إلا أن تلتقى ملتزمة بوضوح هدف التحرير . فالشعب الفلسطينى ، وطليعته المقاومة ، لا يمكنها مبدئياً التفريق بين ما اغتصبته الحركة الصهيونية ، وبين ما احتلته دولة إسرائيل ، لأن التفريق فى هذا الصدد يؤدى بطبيعة الحال إلى تفريط فى حقوق طبيعية وبدهية معترف بصوابها ، بله عدالتها ، فإذا ما تزحزحت المقاومة عن هذا الالتزام هدرت أهليتها لقيادة مصير الشعب الفلسطينى . كما أنها مطالبة بتحقيق الوحدة العضوية بين فصائلها الرئيسية ، حتى لا يكون فقدان هذه الوحدة

— ومرة أخرى يتفجر السؤال المريب : من هو اليهودى ؟ ونضيف إليه سؤالا آخر : ما هى حقيقة النظرة الإسرائيلية إلى الشعوب السوداء من خلال نظرتها إلى الجلد الأسود حتى لو كان منحدراً من أصل إبراهيم وإسحق ويعقوب ؟ وهل يختلف دور الإسرائيلى فى إفريقيا اليوم من دور ذلك الرجل الذى جاء يحمل « الحضارة » إلى الشعوب النائمة ؟!

مدخلا لانسياب عوامل الضعف والخلل فى وضوح توجهاتها المرحلية والاستراتيجية ؛ ذلك أن الإبهام فى تحديد الموقف يؤدى إلى ارتباك فى سلوك الجماهير ، كما يفقد هذه الجماهير القدرة على التمييز بين توجهات عناصر المقاومة المختلفة . فإذا كانت المقاومة هى الحالة القصوى من التعبئة ، فلا بد أن تكون التعبئة بحالة قصوى من التماسك . والشعب الفلسطينى مطالب بأن يترجم الشعار الاستراتيجى العام إلى برامج عمل متعددة المراحل متعددة الجبهات ، تستقطب كل إمكانيات النضال الفلسطينى على جميع مستوياته ، ولو توحد الفلسطينيون فسيعاملهم العرب ، والنظم ، معاملة أخرى ، ولو وضعوا هذا البرنامج ، فسوف يضعون كل هؤلاء أمام مسئولياتهم بوضوح .

والدول العربية ، بالإضافة إلى ما تقدم ، من الممكن أن تلعب ، على البحر الأبيض المتوسط ، دوراً هائلا فى تشكيل الموقف الأوربى من مسألة الشرق الأوسط إذا ما قدرت الانفتاح على أوربا — البحر المتوسط ، ذلك أن داخل أوربا الموحدة هناك أكثر من مركز للاستقطاب : هناك فرنسا ودورها التقليدى فى أوربا وفى السوق المشتركة ، وهناك ألمانيا وانجلترا وقوتهما الاقتصادية الرهيبة وعلاقتهما الخاصة بالولايات المتحدة الأمريكية . وانفتاح الدول العربية على أوربا قد يكون من شأنه تدعيم مركز فرنسا ومن ثم توجيه أوربا المستقبل إلى البحر المتوسط أكثر من الأطلسى . والموقف الآن قد يشبه ما ذكره أرنولد توينبى عن روسيا فى مرحلة معينة من تطورها حين كان يتجاذبها مركزان للاستقطاب ، بخارى وسمرقند بوجههما الأسيوى ، وموسكو بوجهها الأوربى. ونتيجة لحروب تيمورلنك فى الشرق ، ضعف وجه روسيا الأسيوى وتحققت السيطرة لوجهها الأوربى . ولعل الظروف التاريخية تتكرر اليوم بالنسبة لأوربا ، فهناك اتجاه البحر المتوسط ونجده لدى فرنسا وإيطاليا أساساً ، وهناك اتجاه الأطلسى ونجده لدى انجلترا ودول الشمال . وقد تكون سياسة الدول العربية ، وفى مقدمتها جمهورية مصر العربية ، نقطة تحول فى اتجاه أوربا كما كانت حروب تيمورلنك فى اتجاه روسيا .

ولعل الأحداث الجارية تؤكد وجود هذا الاتجاه فى أوربا حيث إنها صوتت لأول مرة جميعاً لمصلحة العرب أمام هيئة الأمم المتحدة تحت التأثير الفرنسى ، فلماذا لا تكون سياستنا الخارجية وسيلة فى تدعيم قوى دولية تتجه

بطبيعتها لدعم مصالحنا ولا سيما أن أوربا عادت ، اقتصادياً وسياسياً ، إلى وضعها الطبيعى أو كادت . وفى نفس الوقت بدأت قوى النمو فى الصين تظهر ، وحققت معدلات طيبة للغاية من النمو الاقتصادى بالإضافة إلى الاستقرار السياسى الكبير الذى عرفته ، وقد أضفى ذلك عليها ، بالنظر إلى حجم سكانها ومواردها ووضعها فى الشرق الأقصى ، دوراً متزايداً ماأحرانا بأن نحاول ما وسعنا الجهد الاستفادة منه فى نزاعنا مع إسرائيل ، ولا سيما أن الاتحاد السوفيتى ، وهو قوة سياسية كبيرة وديناميكية[1] ، يقف وراء حقنا يدعمه ويؤيده . ومن يدرى فقد يكون فى كل هذا الذى ذكرت ، مفتاح لحل نزاعنا مع إسرائيل .

الخلاصة

٣١٧ــ يخلص لنا مما سبق أن الاعتراف بفكرة الفعالية إنما يكوّن مبدأً عاماً من مبادىء القانون الدولى يتساوى مع تحطيم القانون الدولى تحطيماً كلياً . فالفعـــالية ، فى رأينا ، هى قانون القوة ، حالة أنّ المشروعية هى قوة القانون . وعلينا أن نعلم أن الأمم المتحدة ليست حكومة عالمية ، إنما هى محاولة لخلق نظام عالمى جديد للسلام وحقوق الإنسان ، وحياة أفضل للشعوب . وفى اعتقادى أن ذلك النظام الجديد لن يستطيع أن يتطور أو أن يكون له تأثير فعال بدون فهم وتأييد شعوب العالم . ويحضرنى هنا أن ميثاق الأمم المتحدة يبدأ بقوله « نحن شعوب الأمم المتحدة » ولذا فإن مسئولية هائلة تقع على عاتق جميع الشعوب فى أن تتابع وتراقب التزام حكوماتها بمبادىء الميثاق ، وأن تدفعها ، ما وسعها الجهد ، إلى تنفيذ قراراته وبرامجه ،

(١) من الغريب أن الفرنسى توكفيل **Agexis de Tocqueville** قد تنبأ منذ أكثر من قرن من الزمان بأن العالم يتجه ليسيطر عليه قوتا أمريكا وروسيا .

الباب الأول

فى

القانون الخاص

الفصل الأول

التقنين المدنى

تمهيد

٣١٨ – لم ينص القانون الفرنسى على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بيد أن الإجماع منعقد فى فرنسا على وجوب العمل بها . ومن المقرر عندهم أنها تنطبق على القوانين الجنائية وغيرها من القوانين المتعلقة بالنظام العام ، أما غير ذلك من القوانين فيجوز الاعتذار بجهله ويصلح الغلط فى شأنه أن يعتبر عيباً من عيوب الرضا فى العقود ، وهو الغلط فى القانون[1] .

٣١٩ – أما فى مصر ، فقد كانت المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ تنص فى فقرتها الثالثة على أن « يعتبر إصدار تلك القوانين معلوماً فى جميع القطر المصرى بعد نشرها بثلاثين يوماً . . . . » ، واختصر الدستور المؤقت تلك المدة إلى عشرة أيام (م ٦٦) مع إمكان مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص فى القانون ، ومن ثم يصح النص على نفاذه من وقت نشره فى الجريدة الرسمية[2] ، وعلى الرغم من ورود النص المشار إليه مطلقاً دون تقييد لهذه القاعدة بالقوانين المتعلقة بالنظام العام ، فإن أغلبية الفقه حذت حذو الفقه الفرنسى وقالت بقصر تطبيق هذه القاعدة على القوانين المتعلقة بالنظام العام[3] . ولم يرد فى دستور سنة ١٩٦٤ ولا فى الدستور القائم الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١

---

(١) بودرى لاكنتنرى جـ ١٢ نبذة ٦٩ ص ١٠٩ – أوبران جـ ٢٥ ص ٥٨١ نبذة ٥٠٧ .

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ص ١٣٤ – ١٣٨ .

(٣) السنهورى ، نظرية العقد ص ٣٨٧ وما بعدها – بهجت بدوى ، أصول الالتزامات ص ١٩٧ – محمد على عرفه ، مبادىء العلوم القانونية ، ط ٢ ص ٩٤ .

– وانظر الأعمال التحضيرية القانون المدنى جـ ٢ ص ١٦٤ حيث ورد على لسان الدكتور السنهورى أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه « يجب التفرقة بين الجهل بالقانون الجنائى والجهل بالقانون المدنى ، وأن تطبيق قاعدة عدم الجهل بالقانون لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه التخصيص ما يتعلق بالمسائل الجنائية » .

ما يقتضى العدول عن هذا الرأى . وقد نصت المادة ١٨٨ من الدستور الأخير على أن « تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر » .

٣٢٠ – بيد أن فكرة النظام العام فى هذا المجال تختلف عنها فى مجال التفرقة بين القواعد التى يجوز الاتفاق على ما يخالفها وغيرها من القواعد ، كما يظهر ذلك من الأمثلة التى أوردها الدكتور السنهورى فى نظرية العقد باعتبارها من الأحوال التى يقبل فيها الاعتذار بجهل القانون وبالتالى يجوز فيها التمسك بالغلط فى القانون لإبطال العقود(١) ، وهو ما سنعرض له تفصيلا ، مع أنه لا نزاع فى أن هذه القوانين قوانين متعلقة بالنظام العام الذى يجعل منها قوانين آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن الأمثلة المذكورة أن يتعاقد شخص مع آخر بلغ الثامنة عشرة وهو يعتقد أنه قد بلغ سن الرشد ، جاهلا صدور قانون جديد برفع هذه السن إلى الحادية والعشرين (غلط فى القانون بشأن صفة جوهرية فى الشخص) ، أو أن يصطلح الوارث مع الموصى له ، وهو وارث آخر ، على جزء من العين الموصى بها وهو يعتقد أن الوصية لوارث تصح دون إجازة من الورثة (فالغلط فى القانون هنا واقع فى الباعث **motif**) ، وتضاف إلى ذلك أمثلة أخرى فى غير العقود ، فإذا صدر قانون بتخفيض قيمة الإيجارات ، ودفع المستأجر قيمة الإيجار كاملة دون أن يعلم بصدور هذا القانون ، جاز له أن يعتذر بجهله إياه وأن يسترد القدر الذى دفعه زيادة عما يجب(٢) . ومن ذلك يتضح أن فكرة النظام العام التى تقضى برفض الاعتذار بجهل القانون فكرة ضيقة جداً حتى

(١) أنظر ما سيجىء عند كلامنا على نقد التفرقة بين القواعد الآمرة وغيرها فى المبحث الثالث من هذا الفصل .

— وقد كان اعتبار أن الغلط فى القانون يتعارض مع قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون هو الذى دعا كثيرين من الفقهاء إلى القول بأن الغلط فى القانون لا يجوز إلا إذا تعلق الأمر بقواعد قانونية مكملة . أما بالنسبة للقواعد القانونية الآمرة ، فلا يجوز الادعاء بالغلط فى القانون — فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ١ بند ١٧٤ — أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، مصادر الالتزام ، ط ٢ فقرة ١٦٨ — أنور سلطان ، الموجز فى النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج ١ ط ١٩٦٤ بند ١٢٠ .

(٢) المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس طبعة ١٩٥٧ ص ١٢٨ — ١٣١ .

تكاد ألا تشتمل على غير القوانين الجنائية والقوانين التى تنظم السلطات العامة والقوانين التى تفرض التزامات أو تحدد مواعيد معينة لمباشرة بعض الإجراءات أو استعمال بعض الحقوق(١) .

٣٢١ – على أن تطبيق هذه القاعدة ، حتى فى هذا المجال الضيق ، مبنى على افتراض إمكان وصول الجريدة الرسمية إلى جميع الناس ، أما فى حالة امتناع ذلك بقوة قاهرة كغرق أو حرب أو انقطاع السكك الحديدية ، فلا يطبق التشريع الجديد إلا بعد زوال القوة القاهرة وإمكان وصول الجريدة(٢) . ويعتبر النشر فى الجريدة الرسمية هو الطريق القانونى لشهر التشريع الجديد ، ولا يقوم غيره مقامه ، ولو ثبت أنه أنجع فى إحاطة الناس علماً بهذا التشريع كالإذاعة بالراديو أو التليفزيون مثلا . ولا يغنى عن نشر التشريع أن يكون المخاطب به قد علم بإصداره علماً حقيقياً يقينياً(٣) .

٣٢٢ – وقاعدة عدم قبول العذر بالجهل بالقانون هى الأصل حتى يقوم سند على استثناء عليها(٤) . ويستوى فى ذلك ما إذا كان الجهل بذات القانون أو بمعناه الحقيقى بأن ادعى الخطأ فى فهمه وتفسيره .

ونتكلم فيما يلى على أثر الجهل والغلط فى التقنين المدنى المصرى مقارناً بالتقنين الفرنسى والألمانى والفقه الإسلامى .

المبحث الأول

أثر الغلط على العقود

الغلط فى التقنين المدنى المصرى

٣٢٣ – الغلط L'erreur عيب من عيوب الإرادة أو الرضاء . وقد استحدث التقنين المدنى الحالى أحكاماً جزيلة الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب ، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصرى القديم ، كالغلط

(١) بريسول **Bressolez** فى بحث فى الغلط فى القانون بمجلة **Bulletin de legislation** ج ١٧ و ١٨ . وديكوتيقيس **Decottiguis** فى الغلط فى القانون بالمجلة العملية للقانون المدنى ١٩٥١ ص ٣٠٩ وما بعدها .

(٢) بلانيول ج ١ نبذة ٢٣٧ و ٢٣٨ حيث يقول إن هذه القاعدة لها استثناءان هما حالة القوة القاهرة وحالة الغلط فى العقود .

— وبطبيعة الحال فإن النشر فى عدد محدود جداً من الجريدة ينفى افتراض العلم .

(٣) مجلس الدولة ٣ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام مجلس الدولة ٤ — ١٤٧ — ٤٤ .

(٤) شرح قانون العقوبات للدكتور محمود مصطفى ص ٣٢٥ .

المشترك والغلط في القانون وغير ذلك . ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة . فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة تعلقت بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . ويترتب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال .

٣٢٤ — والغلط حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط المعنيّ هنا هو ذلك الذي يصيب الإرادة ، فنستبعد من دائرة البحث ما يطلق عليه الغلط المانع **erreur-obstacle** وهو غلط يقع في ماهية العقد ، كما إذا أعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو في ذاتية المحل ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها ، ففي الأمثلة السابقة لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود ، والعقد باطل أي منعدم .

الغلط في النقل أو في التفسير

٣٢٥ — هذا الغلط هو الذي يعنينا في هذا المقام بحثه ، وهو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة **erreur sur la formation de la volonté** .

فهو من جهة غلط يقع في تكوين الإرادة لا في نقلها[١] **transmission** ولا في تفسيرها **interprétation** ، إذ الغلط الذي يقع في النقل أو التفسير هو حالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة ، حالة أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة .

والغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد ، لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر[٢] .

معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي

٣٢٦ — ورث الفقه الفرنسي التقليدي من القانون الفرنسي القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذي سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط ، وغلط لا يؤثر في صحة العقد . وقد سبق بيان الحالات التي يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلا . أما الغلط الذي يجعل العقد قابلا للإبطال فيكون في حالتين : غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشيء من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من التقنين المدني الفرنسي بالغلط الواقع في مادة الشيء ذاتها **substance même de la chose** ، وغلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد .

(١) ومن قبيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في انعقاد العقد ولا في صحته . وقد نصت المادة ١٢٣ مدني على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » . وانظر نقض مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ ، وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣ ، وقد ورد بهذا الحكم الأخير « متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصا بحدود هذه العين قد شابه غلط في حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادي الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوي الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء » .

(٢) وثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها — نقض مدني أول إبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦ .

٣٢٧ – والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : (١) غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشىء محل الالتزام . (٢) غلط فى قيمة الشىء محل الالتزام . (٣) غلط فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . (٤) غلط فى الباعث على التعاقد .

ولكن القضاء فى فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية ، وجارى الفقه الحديث القضاء فى ذلك ، فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثى للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته ، وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع فى قيمة الشىء أو فى الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر فى صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع فى مادة الشىء ومع ذلك لا يؤثر فى صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع فى مادة الشىء أو فى قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان جوهرياً **essentielle** ، أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد **la raison principale et déterminante** . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط فى صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ويستبدل معيار بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً فى صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد وذلك فى جميع الحالات ، تبعاً لملابسات كل حالة وظروفها الخاصة .

٣٢٨ – وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى يبدو واضحاً فى تفسير عبارة « الغلط فى مادة الشىء ذاتها » الواردة فى المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون فى العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك الغلط الذى يتعلق بالمادة التى يتكون منها الشىء ، ومادة الشىء هى مجموعة الخصائص التى تدخله فى جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى ، ويقدمون عادة المثل الذى أتى به پوتييه : شخص اشترى شمعداناً من نحاس

مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء فى عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى فى تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء فى هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى ورو (٢) ، فقد أخذا فى الأصل بالمذهب الموضوعى كقاعدة عامة ، فذهبا إلى أن المراد بمادة الشىء هى العناصر المادية التى تكونه والخواص التى تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعارف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة فى الشىء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشىء من حيث هى . ثم هجر الأستاذ لوران ، فى عهد ثالث ، المعيار الموضوعى وأخذ بالمعيار الذاتى جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هى التى تحدد مادة الشىء والأوصاف المعتبرة فيه (٣) . واقتفى سائر الفقهاء أثر لوران فى هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشىء هى الأوصاف الرئيسية التى اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما فى ذلك الشىء والتى ما كان التعاقد يتم بدونها (٤) ، وذهب بلانيول وكولان وكابيتان وجوسران إلى هذا الرأى (٥) .

٣٢٩ – فالعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتى ، بالأوصاف المعتبرة فى نظر المتعاقدين لا بالخصائص التى تكون مادة الشىء فى ذاته ، فقد يشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخى ويعتقد فى الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من البرونز ، فهذا غلط فى مادة الشىء ، ولكنه بحسب نية المشترى ليس غلطاً فى الصفة المعتبرة عنده ، فما دام الشىء الذى اشتراه هو الأثر التاريخى الذى يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء فى فرنسا بعبارة « مادة الشىء

(١) أنظر فى هذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ١١٤ – ١١٦ وماركاديه ٤ فقرة ٤٠٧ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٣) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨ .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤ .

(٥) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ – كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨١ – جوسران ٢ فقرة ٦٩ – ٧٢ .

« substance de la chose » عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية qualité substantielle ، أى الصفة التى اعتبرها المتعاقد فى الشىء . والمعيار الذاتى ما هو فى الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هى التى تنشىء الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة فى حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب [1] .

معيار الغلط الجوهرى فى القانون المصرى

٣٣٠ــ أخذ الفقه والقضاء فى مصر بالمعيار الذاتى منذ عهد التقنين القديم، وقد أسعفهما فى ذلك نصوص هذا التقنين ذاتها ، فقد كانت المادة ١٣٤ تنص على أن « الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد » ، وجاء فى النص الفرنسى « متى كان واقعاً فى الناحية الرئيسية التى كانت محل اعتبار فى الشىء عند التعاقد le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat »، وقد نقل هذا النص لا عن نصوص التقنين الفرنسى بل عن القضاء والفقه فى فرنسا بعد التطور الذى أنف ذكره [2] .

٣٣١ــ وجاء التقنين الجديد مؤيداً للمعيار الذاتى وصريحاً فى وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . . . » ثم نصت المادة ١٢١ على أنه « ١ ــ يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ٢ ــ ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك

(١) دى باج جـ ١ بند ٣١ ص ٤٧ . وانظر فى كل ما تقدم السنهورى ، الوسيط جـ ١ ط ٢ ، البنود ١٦٢ – ١٦٧ ص ٣١١ – ٣١٧ .

(٢) أنظر فى الفقه المصرى دى هلتس جـ ١ لفظ convention فقرة ٥٦ ــ نظرية العقد للسنهورى فقرة ٣٥٧ وما بعدها .

ــ وانظر فى القضاء المصرى نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ .

الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد [1] » .

فالغلط الجوهرى ، فى عهد التقنين الحالى ، هو الذى يبلغ ، فى نظر المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط . فهو إذا وقع فى صفة للشىء وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية فى اعتبار المتعاقدين [2] ،وإذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد [3] .

(١) أنظر فى تاريخ النص مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠٥ – ١٥٨ . – ويقابل هذا النص فى القانون المدنى العراقى : نص المادة ١١٨ ويقضى بأن العقد لا ينعقد : « ١ – إذا وقع غلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التى تم فيها العقد ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . ٢ – إذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . ٣ – إذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد .

(٢) تشترط المادة (١٢٠) أن تكون الصفة « جوهرية فى اعتبار العاقدين » ، مع أن الأخذ بالمعيار الذاتى فى تحديد جوهرية الصفة يقتضى أن تكون العبرة فى ذلك بوجهة نظر المتعاقد الذى وقع فى غلط . ولذلك فقد تكون هذه الصفة جوهرية فى نظر هذا المتعاقد رغم أنها ليست كذلك فى نظر المتعاقد الآخر . فقد يشترى شخص مجموعة من طوابع البريد لدولة معينة خلال فترة معينة ليكمل بها مجموعة طوابع البريد التى أصدرتها هذه الدولة خلال خمسين عاماً . فاعتبار هذه المجموعة صادرة خلال فترة معينة يعتبر صفة جوهرية فيها بالنسبة للمشترى ، فى حين أن هذه الصفة قد لا تعتبر جوهرية بالنسبة للتاجر الذى باعها له . ولا يمكن القول بأنها تنقلب جوهرية بالنسبة لهذا التاجر لمجرد علمه بأنها كذلك عند المشترى . وفى هذا الفرض إذا وقفنا عند عبارة المادة ١٢١ / ٢ أ ، التى تتطلب أن تكون الصفة « جوهرية فى اعتبار المتعاقدين » ، لما أمكن الإبطال ، فى حين أن الأخذ بالمعيار الذاتى فى جوهرية الصفة يجيز الإبطال فى هذه الحالة – أنظر الدكتور عبد الودود يحيى ، نظرية الغلط فى القانون المدنى الألمانى ١٩٦٩ ص ٢٧ هامش (٢) ، وقارن الدكتور إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) ١٩٦٦ ص ١٩٤ هامش (٢) .

(٣) لم تضف المادة ١٢١ / ٢ ب ، وهى تحدد الصفة الجوهرية فى الشخص ، الضابط الموضوعى الذى أوردته المادة بالنسبة للصفة الجوهرية للشىء ، مع أن الحاجة إلى إضافتها عند تحديد الصفة الجوهرية فى الشخص ، ليست بأقل عند تحديد هذه الصفة بالنسبة للشىء . وإذا كان المشرع قد أراد أن يعطى أمثلة للغلط الجوهرى فى صفة الشىء أو فى الشخص . فكان يجب أن يوحد بينهما فى الصياغة ، أو أن يجمعهما فى نص واحد بحيث ــ

٣٣٢ – على أن الأخذ بالمعيار الذاتى يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها فى بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لتنم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشىء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان ، إذا لم نهتد من طريق آخر ، إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر فى الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشترى أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر فى الآثار قرينة عن نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشترى إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

على أى شىء يقع الغلط

٣٣٣ – يصح أن يقع الغلط الجوهرى الذى أنف بيانه ، لا فى صفة الشىء وفى الشخص فحسب ، بل أيضاً فى القيمة وفى الباعث[1] ، والعبرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع فى هذا أو وقع فى ذاك .

الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء

٣٣٤ – لا يؤثر الغلط الجوهرى فى هذه الحالة فى صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد كما قدمنا . وفى القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا ، أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية

= ينصرف الغلط الموضوعى إليهما معاً . فليس هناك ما يبرر تمييزه من الصفة التى تعطى الحق فى الإبطال مرة بأنها يجب أن تكون « جوهرية فى اعتبار المتعاقدين » ومرة بأنها يجب أن تكون « السبب الرئيسى فى التعاقد » . والصفة التى تعتبر السبب الرئيسى فى التعاقد ، هى لا شك صفة جوهرية فى نظر المتعاقدين – قارن اسماعيل غانم : الموضع المشار إليه بالهامش السابق .

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٤٣ .

فى الشىء[1] . وقضت بأن بيع شىء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد القديم يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع ، ولا يلتزم المشترى برفع دعوى الإبطال فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى فى ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط[2] .

وقضت بأنه يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشىء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل فى هذه الحالة[3] . ولكن لا يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع يجعل العقد قابلا للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك[4] ، ولا أن يقع خطأ فى حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض فى خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك[5] .

الغلط فى شخص المتعاقد

٣٣٥ – لا يؤثر هذا الغلط فى صحة العقد إلا إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ ، ومثل هذا الغلط إنما يقع فى العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو يقع فى ذات المتعاقد إذا كانت هى محل الاعتبار ، كالغلط فى شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع فى صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هى الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا

(١) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

(٢) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٩ – وانظر فى التمييز ما بين الغلط فى الشىء والعيب الخفى فيه نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٨ . وقد جعل القانون الجديد دعوى العيب تتقادم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) . أما القانون القديم فقد كانت يوجب رفع الدعوى فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٣٢٤) .

(٣) ٧ إبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٤) ١٨ إبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط – و ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧ .

(٥) ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .

معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك ، وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر فى فنه (١) . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الغلط فى شخصية المتعاقد أو صفته لا يتوافر لمجرد عدم إدراج إسمه وقت التعاقد فى نقابة المهن الهندسية ، ما دام قد ثبت أنه كان مصرحاً له بمزاولة مهنة مهندس معمارى (٢) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين ، فقد قضت محكمة النقض بأن تقرير الحكم المطعون فيه بأن الصفة التى اتخذها أمين النقل فى التعاقد من أنه مالك لسيارات وعربات أجرة لم تكن صفة جوهرية يترتب على تخلفها إبطال العقد ، هو تقرير موضوعى (٣) .

الغلط فى القيمة

٣٣٦ — تقدم القول بأن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر فى صحة العقد . أما إذا سايرنا النظرية الحديثة ، وهى التى أخذ بها القانون المصرى ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط فى قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلا للإبطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط فى قيمة الشيء الذى باعه (٤) .

(١) أنظر فى هذه الأمثلة وفى غيرها : نظرية العقد للسنهورى فقرة ٣٦٠ — ٣٦٢ .
(٢) نقض مدنى ٦ مايو ١٩٥٤ س ٥ ص ٨٤٠ .
(٣) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ س ٥ ص ١٠٨ .
(٤) السنهورى فى الوسيط ج ١ ط ٢ بند ١٧٢ ص ٣٢٣ — ٣٢٤ .

— ووفقاً لقضاء ثابت من المحكمة العليا الألمانية ، لا تعتبر القيمة الاقتصادية (سعر السوق) للشيء صفة جوهرية يعطى الغلط فيها الحق فى الإبطال وفقاً للمادة ١١٩ / ٢ من القانون المدنى الألمانى . وسند المحكمة العليا فى ذلك أن القيمة ليست صفة ، وإنما هى نتيجة لعدة عوامل ، هذه العوامل التى تؤثر فى القيمة هى التى تعتبر صفات ، ويمكن أن يكون الغلط فيها سبباً للإبطال ، كما لو وقع الغلط فى مادة الشيء مثلا — عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٤٧ .

— والواقع أنه ليس من السهل أن تنكر أن قيمة الشيء تعتبر صفة . ولذلك فإن رفض —

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط فى القيمة والغبن يقوم على أنه ليس من الضرورى أن المتعاقد المغبون يكون قد وقع فى غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذى يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشيء الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

الغلط فى الباعث

٣٣٧ — تميز النظرية التقليدية بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثانى لا أثر له فى صحة العقد . والنظرية التقليدية عند ما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب فى نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فاذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط فى السبب بمعناه التقليدى ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصة فى العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط فى السبب (١) .

— الإبطال للغلط فى القيمة ، ليس سببه أنها لا تعتبر صفة ، وإنما يرجع إلى أن النظام القانونى يترك تحديد الثمن للاتفاق بين المتعاقدين ، ولذلك فمن يخطىء التقدير يجب أن يتحمل نتيجة خطئه ، لأنه سيكون غير مقبول أن يسمح له بالتخلص من التزامه عن طريق الإبطال . ويترتب على ذلك أنه إذا كان للسلعة سعر إجبارى فإن هذا السعر يعتبر صفة فى السلعة ، والغلط فيه يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية يعطى الحق فى الإبطال .

(١) السنهورى ، المرجع السابق بند ١٧٣ ص ٣٢٤ — ٣٢٥ .

— وانظر ما جاء فى نظرية العقد لذات المؤلف فقرة ٣٦٤ حيث ذكر من الأمثلة على الغلط فى الباعث أن يصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثانى جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقى ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . فى الحالة الأولى ينازع الوارث فى الوصية وينتهى بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقى فى أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به . فالغلط هنا يقع فى الباعث . أما فى قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا ينازع فيها ، لذلك اقتسم مع الموصى له العين الشائعة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به كاملا بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع فى السبب بمعناه التقليدى .

— وانظر بيدان جزء ٨ بند ٢٢٤ و ٢٢٥ حيث يقرر أن الغلط فى السبب قد يكون غلطاً —

أما الغلط فى الباعث ، وهو الذى لا يؤثر فى صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فمثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه فى مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطعن فى البيع بدعوى أنه صدر منه وهو فى مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة ويشترط أن ينتهى المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطعن فى البيع بالغلط فى الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى ، كان الغلط فى الباعث فى هذا المثل غلطاً جوهرياً يجيز للبائع أن يطلب إبطال البيع (١) .

٣٣٨ — ويبين من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ما دمنا نحتفظ بالنظرية التقليدية فى السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية فى الغلط ، فلا يزال الغلط فى السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث فيجعل العقد قابلا للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة فى الغلط ، ولا يؤثر فى صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية (٢) .

= فى الوقع كما لو تعهد شخص بسداد ديون قريب له توفى اعتقاداً منه بأنه سيرثه ثم اتضح أنه ليس من ورثته . وقد يكون غلطاً فى القانون كما لو اعتقد الوارث أنه ملزم بسداد ديون مورثه فتعهد بوفائها مع أن القانون لا يلزمه بذلك .

(١) ويقول الأستاذ السنهورى إن من أمثلة الغلط فى الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت فى حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موظف منزلا فى مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطا فى الباعث ، وينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد وإلا تعرض التعامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يعرض التعامل للزعزع فى مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط فى الباعث يكون غلطا جوهرياً ، بل إن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . إذ الغلط الذى يجعل العقد قابلا للإبطال يجب أن يشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعزع التعامل فى شىء أن يطلب مشترى السيارة أو مستأجر المنزل ، فى المثلين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المستأجر فى المثل الثانى ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه نقل إلى المدينة التى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع إلى الاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذى دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك — السنهورى ، المرجع السابق هامش (٢) ص ٣٢٥ و ٣٢٦ .

(٢) أنظر كابيتان فى السبب بند ١٠٢ وما بعده — ونقض فرنسى ١٦ نوفبر ١٩٣٢ =

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية فى السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط فى السبب يختلط بالغلط فى الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمت محل للقول بأن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا والغلط فى الباعث يجعل العقد قابلا للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط فى كل من السبب والباعث ، فهما شىء واحد فى النظرية الحديثة فى السبب ، من شأنه أن يجعل العقد باطلا ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما فى الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة فى السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة فى الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع فى الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويبقون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط فى السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلا ، والغلط فى الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتى السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سميناها هذه المنطقة بالسبب المغلوط cause erronée كان العقد باطلا ، وإذا سميناها بالغلط فى الباعث erreur sur le motif كان العقد قابلا للإبطال (١) .

= سيرى ١٩٣٤ — ١ — ١ . وقارن بيدان جـ ٨ بند ١١٧ ص ٧٩ حيث يفرق بين البواعث العرضية motifs occasionnels التى لا تؤثر فى صحة العقد ، والباعث الدافع إلى التعاقد الذى يؤدى الغلط فيه إلى تخلف الرضا ، لأنه غلط فى السبب .

(١) أنظر فى التوفيق بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ جـ ٢ فقرة ٢٠٥ وفقرة ٢٩٩ و ٣٠٣ و ٨٢٤ — قارن نظرية العقد للأستاذ السنهورى ص ٣٧٥ هامش رقم (٢). ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط فى الباعث (فى ظل القانون القديم) لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يتبين أن نظرية الغلط هى نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزاء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبى (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق .

— الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٧٣ و ١٧٩ و ١٩٨ وص ٢٣٢ — ٢٣٤ . وانظر أيضا فى هذا الموضوع مؤلفا بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته فى الالتزامات ص ٤٢ — ٤٣ .

٣٣٩ – هذا التناقض المعيب توقاه القانون المصرى الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة فى كل من الغلط والسبب ، وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هى التى تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط فى كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال ، ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلا . فالسبب الذى يجعل العقد باطلا فى القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده[1] .

الغلط فى الواقع والغلط فى القانون

٣٤٠ – نبادر إلى القول بأن كل ما تقدم من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهرى ، سواء وقع الغلط فى الشىء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، ينطبق على الغلط سواء كان الغلط فى الواقع أو فى القانون . فما دام جوهرياً ، أى ما دام هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلا للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من التقنين المدنى الجديد إذ تقضى

= – ويرى الأستاذ السنهورى أن الذى دعا إلى حيرة الفقه فى هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتداخلها بعضها فى بعض ، فتبقى الحلول القديمة قائمة بالرغم من أنها تقصر عن مسايرة هذا التطور . فقد كان مسلما فى ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبنى على ذلك أن الغلط فى السبب يجعل باطلا ، أما الغلط فى الباعث فلا يؤثر فى صحة العقد : ومنذ تطورت النظرية التقليدية فى الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتى ، أصبح الغلط فى الباعث يؤثر فى صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى والغلط فى الباعث ، فلا زال الغلط فى الحالة الأولى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الحالة الأخرى فأثره يبقى مختلفاً عن أثره فى الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلا للإبطال . إلى هنا بقى التمييز سليما ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هى أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث فى النظرية الحديثة ، وصار متعيناً أن تجعل حكم الغلط فى السبب هو حكم الغلط فى الباعث دون تمييز بين الحالتين ، ومع ذلك بقى الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالا إلى ما حدث من التطور – السنهورى ، الوسيط ج ١ ط ٢ هامش ٣٢٧ .

(١) وقد أخرج القانون الجديد السبب المغلوط ، أو السبب غير الصحيح ، من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع ، فقد نصت المادة ١٣٦ على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . وجاء فى المادة ١٣٧ « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك » .

بما يأتى : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره »[1] .

هذا ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه فى مصر سارا على أن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلا للإبطال [2] . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشىء يفسد الرضاء ، لا فرق فى ذلك بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع [3] .

وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائز لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلط فى القانون [4] . وبأن إمضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التى أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة[5] .

٣٤١ – ويقول الأستاذ السنهورى[6] إن الذى كان يلبس الأمر فى هذه المسألة وقت قيام التقنين القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون « لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون Nul n'est censé ignorer la loi » ، ولكن مجال

(١) ورد هذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « الغلط فى القانون كالغلط فى الوقائع ، يجعل العقد قابلا للبطلان ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلا فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها على الوجه الوارد فى القانون وأصبح رقمها ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته – مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٩ – ١٦٤ . ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٣ (مطابق) – الليبى م ١٢٢ (مطابق) – اللبنانى م ٢٠٦ – العراقى لا مقابل .

(٢) نظرية العقد للأستاذ السنهورى فقرة ٣٧٢ – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٣ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٥ .

(٣) ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ .

(٤) ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ .

(٥) ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ .

(٦) الوسيط ج ١ ص ٣٢٩ بند ١٧٤ .

تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها . ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر فى ذلك . ويدخل فى هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهى التى تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ فى المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ فى المائة ، فليس للمقرض فى هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط فى القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ فى المائة ، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ فى المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً فى مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل فى عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ مدنى على أنه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون »[1] .

٣٤٢ – ويلاحظ أن المراد بالغلط فى القانون ، الغلط فى القواعد القانونية التى ليست محلا للخلاف ، فهذا هو الذى يحتج به . أما الغلط فى المسائل المختلف عليها وترجيح لأحد الآراء خطأ فلا أثر له فى صحة العقد[2] . ولكن

(١) ولكن يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى الواقع كما سيجىء ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن يسار المدين – استئناف مختلط فى ٢٨ إبريل سنة ١٩٣٨ م ٥ ص ٢٦١ .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٢ ما يأتى : « قصد المشروع . . إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون الغلط فى القانون ، متى ثبت أنه جوهرى ، شأن الغلط فى الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبى . . » – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٥٩ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ مايو ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ – وفى ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤ .

يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأى خطأ منه عُد هذا غلطاً فى القانون[1] . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأى الذى سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأى آخر ، فى مثل هذه الحالة يجدر اعتبار الغلط فى القانون مؤثراً فى صحة العقد[2] .

٣٤٣ – وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بنى على حصول غلط فى القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع فى حكم منصوص عليه صراحة فى القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد منكوبى حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزانة المديرية مائة وخمسين جنيهاً بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أى حق فى مطالبتها بشىء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط فى القانون . والحكم الذى يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مسئولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لا حق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه . وذلك لأن الأمر الذى يحتمل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المسئولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل فى تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسئولية لا يقطع بها فى القانون المصرى نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاء المقر ، ويتعين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به[3] .

أمثلة للغلط فى القانون

٣٤٤ – الغلط فى القانون الذى ينصب على صفة جوهرية فى الشىء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعى وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم مدنياً ، فيجوز له فى هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط فى القانون

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦ .

(٢) أنظر فى تحليل القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمى ذود ص ٧١ – ٧٦ .

(٣) نقض مدنى فى ٣ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٩٤ .

الذى ينصب على شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد. ومثل الغلط فى القانون الذى يقع فى القيمة أن يبيع وارث حصته فى التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف[1]. ومثل الغلط فى القانون، الواقع فى الباعث، ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير فى التركة معتقداً أن القانون الوطنى هو الواجب التطبيق، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالى هو الذى يطبق، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط فى القانون[2].

كيفية اتصال المتعاقد الآخر بالغلط

٣٤٥ – الغلط المشترك:

عرضنا فيما تقدم للمتعاقد الذى وقع فى الغلط والذى يطبق فى شأنه المعيار الذاتى، معيار الغلط الجوهرى. ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط، غير متصل به على وجه من الوجوه، والمعيار كما قدمنا ذاتى، وكثيراً ما يكون جاهلا بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له؟ إن القول بذلك يزعزع التعامل، ولن يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر، وهو بعد لم يدخل فى سريرته فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط.

من أجل ذلك نادى كثير من الفقهاء بأن الغلط الفردى لا يكفى، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين erreur commune. ذلك أن المتعاقد إذا وقع فى غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر فى هذا الغلط، ثم تبينت الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلقل المعاملات وعدم استقرارها. فإذا فرضنا مثلا

(١) السنهورى، المرجع السابق ص ٣٣١.

(٢) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ – جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٧٩. – وانظر دى باج ج ١ فقرة ٤٢ حيث يعطى مثالا قريباً من ذلك وهو أن يكون الدافع إلى التعاقد هو الاعتقاد بوجود قانون غير قائم أو كان موجوداً وألغى.

أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور، وجب أن يكون كل من البائع والمشترى يعتقد أن الصورة هى من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشترى طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه. أما إذا كان المشترى وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً، ولا يجعل البيع قابلا للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشترى.

٣٤٦ – ويقول الدكتور السنهورى[1] إن نظرية الغلط المشترك، بالرغم من الحجج التى يقدمها أنصارها للتدليل على صحة نظرهم، لا تتمشى مع المنطق، ولا تتفق مع العدالة، ثم هى ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر. أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط[2]، فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع إلى التعاقد، سواء وقع المتعاقد الآخر فى هذا الغلط أو لم يقع. وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً، ولكن المتعاقد الذى صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر، وتركه مسترسلا فى غلطه دون أن ينبهه إلى ذلك. فالغلط فى مثل هذه الحالة يكون فردياً، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك. ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه. وبديهى أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة، فإنه إذا كان عدلا أن يبطل العقد فى حالة اشتراك الطرفين فى الغلط، فالأولى

(١) المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها.

(٢) أنظر ديباج ج ١ بند ٤٣ حيث يضيف حجة أخرى مؤداها أن الغلط قد يشوب ويعيب التصرف القانونى الحاصل بإرادة منفردة مع أنه ليس ثمة متعاقد آخر حتى يشترك فى هذا الغلط. ولهذا يرى أن القول بالغلط المشترك هو وضع خاطىء للمسألة. وانظر بيدان ج ٨ ص ٨٢ والهامش حيث يذكر أن القانون لا يستلزم أن يكون الغلط متبادلا بين المتعاقدين.

أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه[1] .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر فى وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردى ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بهذا الغلط على الوجه التالى .

الغلط الفردى الذى يتصل به المتعاقد الآخر

٣٤٧ – يكفى إذن أن يكون الغلط فردياً . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك فى هذا الغلط وجب ، حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه .

وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ من التقنين الحالى ، فهى تنص على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى ، جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه »[2] . وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ،

(١) أنظر دى باج جـ ١ ص ٤٩ وهامش (٦) بها – وهو يرى أن الوضع الصحيح للمسألة هو أن اشتراك المتعاقدين يجب أن يتحقق بالنسبة للصفة الجوهرية التى دفعت إلى التعاقد ، فإن الطرفين يجب أن يشتركا فى اعتبارها كذلك . فالمشترك إذن ليس هو الغلط بل هو اتجاه الإرادة إلى الاهتمام بتلك الصفة فى دائرة التعاقد .

(٢) قالت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ فى تقريرها عن هذه المادة ما يلى : اقترح الإعراض عن نظرية الغلط المشترك كما تقررها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردى فى إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لضروب من الادعاءات والمفاجآت انعقد الاجماع على وجوب توقيها . ونص المشروع فى الغلط يتمشى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها ، فهى تؤدى إلى تحصيل نفس النتائج التى يصل إليها الفقه الآن من طريق نظريات أخرى ، هذا إلى أنها تمتاز بالوضوح ، وهى بعد تستعرض فروضاً مختلفة فى الغلط ، وإذا كانت تشترك جميعاً فى أن الغلط فيها مبطل للعقد فإنها تختلف فى بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشترى كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشترى بالغلط ، فالبائع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سيء النية ويلزم فوق إبطال العقد التعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى التدليس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشترى وقد يكون فى الظروف فى هذه الحالة ما يجيز اعتباره مقصراً وإلزامه بالتعويض بسبب هذا التقصير » – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٤٠ – ١٥٤ .

– ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢١ (مطابق) – الليبى م ١٢٠ (مطابق) – العراقى م ١١٩ (موافق) اللبنانى م ٢٠٧ (مقارب) .

وفاجأ المتعاقد الذى وقع فى الغلط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن تبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له فى ذلك ، والمخطىء هو المتعاقد الأول الذى أهمل فى كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض فى هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً . ذلك أن العقد هنا لم يقم على إرادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن إرادة أحدهما غير صحيحة ، وهو يتمسك بإبطال العقد ، بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات[1] . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيء النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً[2] .

ويخلص من كل ذلك أن الغلط الجوهرى لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

(١) وأمثلة هذا النوع ، العقد الذى تختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، والعقد الذى لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد فى كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة . وواضح أن المقصود بالإرادة ، الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتددنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين ، ومن ثم يصح القول بأن القانون المدنى الحالى قد أخذ فى الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل – أنظر رسالة الدكتور أكثم الخولى ، التعويض المبنى فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، من مطبوعات جامعة القاهرة باللغة الفرنسية ١٩٥٧ ص ١٩٣ بند ١٩٥ وما بعده .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردى كاف لإبطال العقد حتى ولو لم يعلم به المتعاقد الآخر ما دام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سنديك تاجر مفلس على دين المفلس فى ذمة إحدى الشركات ، وكان هذا السنديك يجهل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التى اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لا تعلم بجهل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . وأبطلت المحكمة الصلح للغلط – ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٥ .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع المتعاقد الآخر سبيلا للزعم بأنه فوجىء بطلب إبطال العقد . فقد ثبت[1] أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو فى الثانية سيء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو فى الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال[2] .

(١) والذى يحمى الوقوع فى الغلط هو الذى ينهض بعبء الإثبات . ويثبت وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت وقائع مادية . ومما يجعل هذا الإثبات صيراً أن يكون الغلط الذى وقع فيه غلطاً لا يعذر من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المغتفر **erreur excusable** والغلط غير المغتفر **erreur inexcusable** . فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المغتفر فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير مغتفر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه — السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق هامش (١) ص ٣٣٦ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين فى مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو ما يقوم بذهن العاقدين معا ، والاجتزاء بالغلط الفردى ، وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردى بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون عالماً بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسئوليته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط ، بأن وقف موقفاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به وتبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجوب تعويض المتعاقد ، عملا بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألمانى . . . أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلا من أن يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض ما يصيب العاقد الآخر من خسارة ، جعل العقد حكم الصحة وهيأ بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد . . . هذا وينبغى التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذى يبرر إبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم به ، قد يلقب اصطلاحاً « بالغلط المغتفر » . ويصبح الغلط « غير مغتفر » ، ولا يؤدى بذلك إلى إبطال العقد ، =

وغنى عن البيان أن اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول[1] . ونص القانون واضح فى أن المطلوب إثباته هو أن يكون المتعاقد الآخر واقعاً فى ذات الغلط الجوهرى الذى وقع فيه المتعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهرى ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهرى هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد **dans le champ cotractuel**.

٣٤٨ — ويتبين مما تقدم أنه لاتبقى ، طبقاً لنظرية الغلط تلك ، إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد ، هى ألا يتمكن المتعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه[2] .

= إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر ، أو يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثانى) أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحسب ، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد » — مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤٢ — ١٤٣ .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد باشتراطه اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذه قرائن موضوعية لإثبات الغلط فى ذاته ، قد تخفف من النزعة النفسية المغرقة التى تميز نظرية الغلط فى المدرسة اللاتينية ، ولكنه ابتعاد تبرره الرغبة فى استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء فى مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التى تثبت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به فى وقت واحد .

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ — السنهورى ، المرجع السابق هامش (١) ص ٣٣٧ .

— هذا ، وحتى يتيسر المتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته ، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص أو الباعث الذى حمله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها الشيء ، حتى يثبت بذلك علم المتعاقد الآخر بالدوافع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان واهماً فيما قدره ، ثبت فى الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالما بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

(٢) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان فى استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ =

وقد اعتنقت محكمة النقض عندنا هذه النظرية ، فاكتفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت المتعاقد أنه كان واقعاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد المشارطة ، حكم له ببطلانها ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشارطة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الغالط حقاً في تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسئولية . فإذا قضى الحكم ببطلان الإقرار الموقع من الممول بموافقته على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرى علم مصلحة الضرائب بغلطه(١) .

= لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتي : « إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً فلا يجوز له أن يرفع دعوى ببطلان البيع الغلط لأنه كان يجهل براءة مورثه من الدين ، وذلك لأن الغلط في هذه الحالة يكون في الباعث له على التعاقد لا في سببه . والغلط في الباعث لا أثر له في صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذي يعيب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثه الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر في صحة العقد هو الحاصل في الدافع الرئيسي إلى التعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل التفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاصم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ في تسديده فعلا ، وأنه في سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليسدد ما اعتقد أنه باق من الدين في ذمته ، دون أن يعنى بتحقيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو في دخيلة نفسه يتحمل تبعة ما ينجلى عنه الواقع ، في هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلا للغلط إذا أخلف الواقع ظنه ، لأن الدافع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذي يجول في خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٩ رقم ١٠٤ ص ١٠٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشترى من الوارث لم يشترك في هذا الغلط الدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى عين النتيجة عن طريق قانونى سليم .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً في إبراز المعنى الصحيح حين قالت : « لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دام المتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجهل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده » — أول يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١ و ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦) .

(١) نقض مدنى أول إبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ بند ٨ ص ٨٣٢ .

ويلاحظ هنا أن مصلحة الضرائب لها وضع المتعاقد العادى ، فهى إذا لم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فات عليها ربح غير مشروع ، وهو ما لا يصح أن يكون محلا للشكوى .

تطبيق الغلط الذى يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة(١) :

٣٤٩ — إذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ، ولتكن مثلا أن الشيء الذى اشتراه أثرى ، وجب على المشترى إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذى ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشيء أثرى وأن هذه الصفة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثرى ، وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشترى إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشترى وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشترى الشيء لأنه أثرى . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التى اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعى ، ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فالواجب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعى له وأن هذا كان الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذى قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذى دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشترى كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشترى مع علمه بربح الجائزة ، كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب الجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشترى

(١) أنظر الدكتور السنهورى ، المرجع السابق بند ١٧٧ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

كان إما مشتركاً فى الغلط ، وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط فى الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشترى كان يعتقد هو أيضاً أن البائع فى مرض الموت ، أو أن المشترى يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه فى مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

٣٥٠ — إشتمل التقنين الحالى على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتى فى الغلط . فقضت المادة ١٢٤ منه بما يأتى : « ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد »[1] . ويتبين من هذا النص أن أى تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها محصورة ، فيعرض عليه البائع النفقات التى يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التى قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك

(١) يبين من مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق — مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٦٦ — ١٧٠ . ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : السورى م ١٢٥ (مطابق) — الليبى م ١٢٤ (مطابق) — العراقى واللبنانى لا مقابل .

— وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٤ ما يأتى : « أبيح لمن وقع فى الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولا . تلك هى علة حق التمسك بالبطلان ، وهى بذاتها مرجع حدوده . فمتى كان من المحقق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقداً ، فن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، مادام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشىء الذى انصرفت نيته إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود . . . » — مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٦٧ .

بالغلط فى هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشترى إلى طلبه .

وقد أورد الفقه الفاقى من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، فقضى بأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشترى عن هذه الجائزة : وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصى العقد ، وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشىء الأثرى الذى قصد شراءه[1] .

أحكام الغلط فى القانون الألمانى

٣٥١ — من أهم العوامل التى تأثرت بها فكرة الغلط فى ألمانيا ، آراء سافينى Savigny التى عرضها فى الجزء الثالث من كتابه « نظم القانون الرومانى » ، ونقطة البداية فى فقه سافينى أن الغلط — وهو عدم التطابق بين الإرادة والإعلان عنها — يحول دون صدور إعلان صحيح للإرادة ، لأنه يؤدى إلى أن إعلان الإرادة الذى يصدر ، لا تكون وراءه إرادة تصرف حقيقية ، فواقعة إعلان الإرادة من ثم معيبة . ويترتب على هذا أن الغلط الذى يعتد به ، يؤدى منطقياً إلى بطلان إعلان الإرادة .

٣٥٢ — ويفرق سافينى بين الغلط فى الباعث Motivirrtum ، والغلط فى الإعلان . فالغلط فى الباعث — على عكس الغلط فى الإعلان — لا يعتد به أصلا ، لأنه لا يؤدى إلى غلط فى واقعة إعلان الإرادة على النحو الذى يقول به . ثم هو يميز بين الغلط فى صفة فى الشىء الذى يعتد به ، والغلط الذى لا يعتد به . فالغلط فى الصفة يعتد به إذا كان تخلف هذه الصفة يؤدى إلى أن يصبح الشىء معتبراً كشىء آخر غير الذى ينتمى إليه حقيقة مع توافر هذه الصفة ، وذلك وفقاً للمعنى السائد فى المعاملات .

(١) الدكتور السنهورى ، المرجع السابق بند ١٧٨ ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

٣٥٣ ــ وعلى أساس فقه سافيني ، وضع Zitelman مؤلفه « الغلط والتصرف القانوني » في سنة ١٨٧٩ ، ولكنه لم يبق الغلط في صفة في الشيء كما كان مفهوماً عند سافيني ، وإنما اعتبر أن الغلط في الصفة ، ليس أصلا إلا غلطاً في الباعث ، وبالتالي لا يعتد به .

وقد كانت آراء سافيني و Zitelman في فكرة الغلط هي السائدة في ألمانيا قبل وضع القانون المدني ، وقد تأثر بها واضعوا المشروع الأول لهذا القانون . بيد أنه يمكن إجمال أحكام الغلط في القانون المدني الألماني القائم حالياً فيما يتعلق الشروط ، في أن الغلط يجب أن يكون هاماً ، وأن يكون دافعاً ، وبالنسبة لأهميـــة الغلط ، لم يضع القانون الألماني معياراً عاماً يطبق على كل حالات الغلط ، وإنما حدد حالات الغلط الذي يعتد به في المادتين ١١٩ ، ١٢٠ من القانون المدني وهي الغلط في إعلان الإرادة ، والغلط في الصفة .

الغلط في اعلان الارادة

٣٥٤ ــ ويتحقق هذا الغلط إذا كان ثمة اختلاف بين الإرادة والإعلان عنها ، وهذه هي الحالة الرئيسية للغلط في القانون الألماني ، ويندرج تحتها ثلاث صور مختلفة :

أ ــ الغلط في واقعة إعلان الإرادة (المادة ١/١١٩ مدني) ، وتتحقق هذه الصورة إذا كان هناك اختلاف بين إعلان الإرادة إذا صدر من المعلن ، والإعلان الذي أراد أن يصدره ، كأن يحدث خطأ في التعبير أو خطأ في الكتابة .

ب ــ النقل غير الصحيح لإعلان الإرادة (المادة ١٢٠ مدني) ، ويتحقق في حالة ما إذا كان من صدر منه إعلان الإرادة قد عهد به إلى رسول أو منشأة لنقله إلى الموجه إليه فحدث تغيير أو تحريف فيه . ويميز هذه الحالة أن من وجه إليه إعلان الإرادة ، لا يتلقاه مباشرة ممن صدر منه . ويدخل الرأي السائد في الفقه الألماني تحت هذه الصورة ، كل تغيير يحدث في إعلان الإرادة أثناء نقله ، حتى لو أدى التغيير إلى أن يصبح إعلان الإرادة مختلفاً تماماً عن الإعلان الذي صدر من صاحبه ، فطالما أن التغيير لم يحدث قصداً ممن نقل إعلان الإرادة ، فإنه يحسب على صاحبه ، ولكنه يكون واقعاً في غلط يعطيه الحق في الإبطال .

جـ ــ الغلط في مضمون الإعلان ، وفي هذه الصورة يريد من صدر منه إعلان الإرادة ، إعلاناً في نفس الشكل الذي صدر به ، يريد نفس العبارات ونفس الألفاظ ، ولكنه يكون واقعاً في غلط في مضمونه ، أي في المعنى الذي يفهم منه ، والذي يؤدي إليه التفسير الموضوعي له . والغلط في مضمون الإعلان ، يختلف عن الغلط في واقعة الإعلان أو في شكله ، في أنه في الصورة الأولى يقول من صدر منه إعلان الإرادة شيئاً غير الذي أراده ، وأما في الثانية فهو يقول شيئاً غير الذي أراد أن يقوله . وثم خلاف أثير بشأن هذه الصورة في الفقه الألماني يحتاج إلى استفاضة لا يسمح بها نطاق هذا المؤلف (١) .

الغلط في صفة جوهرية في الشخص أو الشيء

٣٥٥ ــ كان المشروع الأول للقانون المدني الألماني ينظر إلى الغلط في الصفة باعتباره غلطاً في الباعث لا يعتد به ، ولكن اللجنة الثانية هي التي أضافت الغلط في الصفة ، ووسعت بذلك في حالات الغلط الذي يعتد به على عكس ما كان يقصده واضعوا المشروع الأول . وتعتبر الصفة جوهرية ، وفق الراجح في الفقه الألماني ، إذا كان وجودها قد جعل محلا للتصرف ، بالاتفاق في حالة معينة ، أو كان التعامل يعتبر وجود هذه الصفة متفقاً عليه حتى ولو لم يوجد اتفاق خاص على ذلك (٢) . ففي شراء مواد غذائية ، يعتبر صفة جوهرية كون المواد نظيفة وغير تالفة ، وليس كونها تصلح لشخص يتناول نوعاً معيناً من الطعام (٣) .

ومن التطبيقات العملية للغلط في صفة في الشخص أو في الشيء ، فإن السن والعقيدة والإلمام بعلم أو فن ، ويسار المتعاقد بالنسبة لبعض التصرفات ،

(١) أنظر في تفصيل هذا الخلاف وفي التطبيقات العملية لهذه الصورة ، الدكتور عبد الودود يحيى ، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني ١٩٦٩ ص ٢٦ ــ ٣٠ .

ــ وهذه الصورة تختلف عن الغلط في واقعة الإعلان في أنه في الغلط في مضمون الإعلان يريد من صدر منه إعلان الإرادة شيئاً غير الذي قاله ، وأما في واقعة الإعلان فإن من صدر منه إعلان الإرادة يقول شيئاً غير الذي أراد أن يقوله .

(٢) تعتبر المادة ٢/١١٩ معيار جوهرية الصفة ، هو ما يراه التعامل ، والأعمال التحضيرية القانون ليس فيها ما يزيد الأمر وضوحاً .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك Staudinger, Anm. 18 Zuse 119 ــ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٣٢ ــ ٣٦ .

يمكن أن يعتبر صفات جوهرية فى الشخص فى معنى المادة ١١٩ / ٢ من القانون المدنى . ويترتب على اعتبار السن صفة جوهرية أن من يتعاقد مع ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، يستطيع أن يبطل العقد دون أن يكون هذا متعارضاً مع الحماية التى قررها القانون لناقص الأهلية .

كما أن نص المادة المذكورة يسمح بالقول بأن الغلط كما يكون فى صفة جوهرية فى الطرف الآخر فى التصرف ، يمكن أن يكون فى صفة فى ذات شخص من وقع فى الغلط إذا كانت هذه الصفة لها أهمية خاصة بالنسبة لموضوع التصرف والغرض منه ، وذلك على الرأى السائد فى الفقه . فمن يشترى نظارة على أنه « قصير النظر » ثم يتبين أنه طويل النظر ، يكون واقعاً فى صفة جوهرية فى شخصه هو(١) . كما يمكن أن يكون الغلط فى صفة شخص آخر غير المتعاقدين ، ومثاله غلط الكفيل فى صفه جوهرية فى شخص المدين الذى يكفله ، فى هذه الحالة يكون الكفيل واقعاً فى غلط جوهرى يجيز له إبطال عقد الكفالة ، وهذا على خلاف النص المقابل فى القانون المصرى (المادة ١٢١ / ٢ ب) ، ذلك أن النص فى القانون الألمانى يتكلم عن « الغلط فى صفات الشخص » دون تحديد ، حالة أن النص فى القانون المصرى كما سنرى إنما يتكلم عن الغلط فى « ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته » ، وعبارة « ذات المتعاقد » لا يمكن أن تنصرف إلا إلى المتعاقد الآخر ، والعبارة الثانية معطوفة على الأولى ، ومن ثم لا يمكن تفسير « صفة من صفاته » إلا على أنها تتعلق بالمتعاقد الآخر .

وفيما يتعلق بالغلط فى صفة فى الشىء ، فإن المقصود به الغلط فى محل التصرف ، حتى ولو لم يكن شيئاً(٢) . وقد اعتبرت المحكمة العليا الألمانية صفة جوهرية فى الشىء ، كل ما يؤثر فى قيمته من وجه معين أو من جميع الوجوه ، وذلك وفقاً لما يراه التعامل .

(١) الواقع أن هذا ليس إلا غلطاً فى الباعث ينطبق عليه ما يقوله الرأى السائد فى الفقه من أن الغلط فى الصفة هو فى حقيقته غلط فى الباعث يعطى بصفة استثنائية الحق فى الإبطال .

(٢) فيجب أن تقرأ كلمة شىء **Sache** على أن المقصود بها كلمة محل **Gegenstand** وإلا كانت هناك تفرقة لا مبرر لها بين التصرفات القانونية التى يكون محلها شيئاً ، وتلك التى يكون محلها حقاً مثلا .

الغلط فى الصفة وضمان عيوب المبيع

٣٥٦ – إذا تعلق الأمر بعقد بيع ، وكان المشترى واقعاً فى غلط فى صفة فى المبيع ، فإن هذه الصفة قد تعتبر فى نفس الوقت عيباً فى المبيع يعطى المشترى الحق فى الرجوع على البائع بالضمان وفقاً للمادة ٤٥٩ وما بعدها من القانون المدنى الألمانى . فى مثل هذه الحالات ، هل يحتفظ المشترى بحقه فى الإبطال ، إلى جانب الحق فى الرجوع بالضمان ، أو أن الحق فى الإبطال يزول ولا يبقى للمشترى إلا الرجوع بالضمان ؟ .

الرأى السائد فى الفقه الألمانى ، على عكس الرأى السائد فى القانون المصرى ، أن المشترى لا يستطيع أن يبطل العقد لغلط فى صفة جوهرية فى المبيع وفقاً للمادة ١١٩ / ٢ مدنى طالما أنه يمكن تطبيق النصوص الخاصة بضمان العيوب . وهذا ما يجرى عليه القضاء بصفة مطردة ، وحجتهم فى ذلك أن النصوص الخاصة بالضمان هى تنظيم خاص بعقد البيع ، فكلما توافرت شروط تطبيقها فإنها هى التى تطبق دون غيرها من النصوص العامة ، هذا إلى أن الحق فى الإبطال والحق فى الضمان يختلفان من عدة وجوه : فالإبطال هدفه حل الرابطة العقدية وإزالة آثار العقد ، ، وأما دعوى ضمان العيب فتهدف إلى الفسخ أو إنقاص الثمن مع التعويض . ويسقط الحق فى ضمان العيوب إذا كان عدم اكتشاف المشترى العيب وقت البيع نتيجة خطأ جسيم منه (المادة ٤٦٠ مدنى) ، حالة أن الحق فى الإبطال لا يسقط إذا كان الغلط نتيجة خطأ جسيم ممن وقع فيه . كما أن الحق فى الضمان يتقادم بوقت قصير ، بينما الحق فى الإبطال لا يسقط إلا بعد ثلاثين سنة (١) .

الغلط فى الواقع والغلط فى القانون

٣٥٧ – لا يفرق القانون الألمانى بين غلط فى الواقع وغلط فى القانون(٢) ، وقد كان هذا منصوصاً عليه فى المادة ١٤٦ من المشروع الأول ثم حذفته اللجنة الثانية ، لا بقصد مخالفة حكمه ولكن لإمكان الاستغناء عنه . والحق فى الإبطال لا يتأثر بما إذا كان الغلط مغتفراً **entschuldbar** أو غير

(١) المادتان ٤٧٧ و ٢/١٢١ مدنى .

(٢) عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع فى القانون المدنى ط ١ بند ٢٤٧ – أنور سلطان ، شرح عقدى البيع والمقايضة ، ط ١ بند ٥٠ .

مغتفر ، ولمعرفة ما إذا كان الغلط فى القانون يعطى الحق فى الإبطال أولا ، يفرق الفقهاء الألمان بين ما إذا كان الغلط يتعلق بحالة قانونية قائمة ، أو يتعلق بالآثار القانونية التى تترتب على إعلان الإرادة ؛ فإذا تعلق الغلط بحالة قانونية يمكن أن تعتبر صفة فى الشخص أو الشىء فإن هذا الغلط يعطى الحق فى الإبطال . فإذا تصرف شخص فى شىء آل إليه بالميراث معتقداً أنه كان مملوكاً لمورثه ، ثم تبين له فيما بعد أن هذا الشىء كان وديعة عند مورثه ، كان له أن يطلب إبطال التصرف الذى ترتب على هذا الغلط ، لأن نسبة ملكية الشىء للمتصرف تعتبر صفة جوهرية يعتد بها . وأما الغلط فى الآثار القانونية ، فيتحقق إذا كان من صدر عنه إعلان الإرادة ، كان يتصور آثاراً أخرى غير الآثار التى ترتبت على الإعلان . وفى هذا ذهبت المحكمة العليا الألمانية إلى أن الغلط فى الآثار القانونية يعتبر غلطاً غير هام ولا يعتد به على الإطلاق . فإذا قبل دائن حوالة الدين الذى له على آخر وهو يعتبر أن الكفالة التى تضمن هذا الدين ستظل باقية ، وأنه يمكنه الرجوع على الكفيل بعد الحوالة ، فإنه يكون واقعاً فى غلط فى الآثار القانونية التى تترتب على حوالة الدين ، لأن المادة ٤١٨ مدنى ترتب على الحوالة سقوط التأمينات ، وهو غلط لا يعتد به (1) .

والواقع أن القانون لا يفرق بين الغلط فى الواقع والغلط فى القانون ، ومن ثم فغير صحيح ألا نعتد بالغلط فى الآثار القانونية فى جميع الأحوال . فإذا كان هذا الغلط يعتبر غلطاً فى مضمون الإعلان ، أو فى صفة جوهرية ، أى يأخذ فى نفس الوقت إحدى صور الغلط التى يعتد بها القانون ، فإنه حينئذ يعتبر غلطاً هاماً ويعطى الحق فى الإبطال ، وفى هذا الصدد تطبق قواعد التفسير المنصوص عليها فى المادة ١٣٣ مدنى لمعرفة الآثار القانونية التى تترتب على إعلان الإرادة ، ثم نقارن بينها وبين الآثار التى تصورها من صدر منه إعلان الإرادة ، فإذا كان بينهما اختلاف ، فإن من صدر منه إعلان الإرادة

(١) والواقع أن رفض الإبطال فى هذه الحالة ليس سببه أن الغلط غير هام ، وإنما سببه أن قبول الإبطال يساوى فى هذه الحالة ، قبول الإعتذار بالجهل بالقانون ، ويتيح السبيل لمن صدر منه إعلان الإرادة أن يتخلص منه ، ويستبعد بالتالى الآثار التى يرتبها القانون على هذا الإعلان .

يستطيع أن يبطله إذا توافرت شروط المادة ١١٩ مدنى(1) . بيد أنه تجب ملاحظة أنه لكى يرتب الإبطال آثاره ، فإنه يتعين أن يثبت من صدر منه إعلان الإرادة أنه كان يتصور آثاراً قانونية أخرى للإعلان غير التى ترتبت فعلا ، وهو أمر لا يستطيعه من وقع فى غلط إلا أن يكون قد أشر عليه قانوناً بذلك ، كأن يكون التصرف قد تم على يد موثق مثلا ، فإذا لم يثبت ذلك فإنه لا يستطيع الإبطال ، لأنه يكون قد قبل التنظيم القانونى وهو يعلم أنه لا يعرف آثاره ، ويجب أن يعامل معاملة من يوقع على إعلان للإرادة دون قراءته ، ودون أن يكون لديه أى تصور عن مضمون هذا الإعلان .

الغلط وعدم العلم

٣٥٨ — لا يفرق القانون الألمانى بين التصور الغير صحيح لواقعة أو ظرف معين ، والجهل بهذه الواقعة أو هذا الظرف ، ولذلك يمكن القول بأن الغلط بالمعنى الضيق ، وهو الاختلاف بين التصور والحقيقة ، يتساوى فى الحكم مع عدم العلم **unkenntnis** . بيد أن إمعان النظر فى هذه المسألة يؤدى إلى نتيجة مخالفة ، فالغلط عيب لا يعلمه من صدر منه إعلان الإرادة ، بمعنى أن من يتمسك بالغلط يجب أن يثبت أنه لم يكن يعلم بسببه ، فمن يصدر منه إعلان للإرادة وهو يعلم ما به من عيب ، فإنه لا يكون واقعاً فى غلط ، ولا يكون له حق الإبطال . وإذا طبقنا هذا على عدم العلم ، فإنه يترتب عليه القول بأن من يصدر منه إعلان للإرادة ، وهو على بينة من أنه لا يعلم بمضمونه ، لا يكون واقعاً فى غلط ولا يستطيع الإبطال ، لأن إرادته الحقيقية لم تختلف عن الإعلان الذى صدر منه . فمن يصدر منه إعلان للإرادة وهو غير متأكد من مضمون هذا الإعلان ، أو كان فى حالة شك بالنسبة لظرف معين ، لا يكون واقعاً فى غلط ، ولا يستطيع أن يبطل إعلان الإرادة على أساس المادة ١١٩ مدنى . ويتأدى من ذلك أن استقرار المعاملات يقتضى أن من يوقع على سند يتضمن إعلاناً للإرادة دون أن يقرأه ، لا يستطيع

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٥٥ حيث يشير إلى أن من التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أن شخصاً رفض تركة مورثه معتقداً أن الرفض سيؤدى إلى أن يؤول الحق فى الميراث إلى شخص معين ، فإذا تبين أن التركة ستؤول إلى شخص آخر ، فإنه يكون واقعاً فى غلط فى الآثار القانونية التى تترتب على الرفض ويجوز له الإبطال — أنظر هامش (٣) .

بصفة عامة أن يدعى فما بعد بأنه لم يقرأ هذا السند او أن السند لم يقرأ عليه ، لأنه بهذا يكون قد وقع على سند . يعلم سلفاً مضمونه ، وعدم العلم المعروف سلفاً ليس سبباً للإبطال . ويختلف الأمر إذا أثبت من وقع على السند أنه كان يعتقد أن مضمونه شيء آخر . كما لو كان يعتقد أنه يحتوى الشروط التى سبق أن تم التعاقد على أساسها ، إذ فى مثل هذه الحالة يستطيع الإبطال للغلط فى مضمون إعلان الإرادة وفقاً للمادة ١١٩ مدنى ، وتبدو أهمية هذه المسألة من الناحية العملية فى العقود التى يحال فيها إلى الشروط العامة فى التعاقد . فكثيراً ما تضع الشركات الكبرى شروطاً عامة للتعاقد معها ، كقائمة شروط البيع التى تضعها بعض الشركات الصناعية لشراء منتجاتها ، أو شركات تقسيم الأراضى وبيعها ، ففى مثل هذه الحالات يتم التعاقد ويذكر فى العقد أنه تم على أساس الشروط العامة للتعاقد التى وضعها الطرف الآخر ، وغالباً ما يوقع المتعاقد على هذه العقود دون أن يعنى بقراءة هذه الشروط لمعرفة المضمون الحقيقى لها ، إما لمجرد الإهمال ، وإما لأنه يعلم أنه ان يستطيع أن يعدل شيئاً فيها . ففى مثل هذه الحالات يمكن القول بصفة عامة أن التوقيع على هذه العقود يعتبر بمثابة موافقة على الشروط العامة ، وبالتالى لا يستطيع من وقع أن يبطل التصرف بحجة أنه لم يكن لديه تصور حقيقى لمضمون شروط التصرف . ولكن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه يجافى العدالة فى بعض الحالات ، وبالذات إذا تضمنت هذه الشروط العامة أحكاماً غير مألوفة ، فيحسن أن يسمح لمن وقع عليها دون قراءتها أن يبطل العقد للغلط فى مضمون إعلان الإرادة ، ومن يقول برفض الإبطال ، يجب أن يضع فى حسابه أن هذه الشروط ينبغى أن تكون مألوفة ، وإلا فإن الإبطال يكون جائزاً ، مع حق الطرف الآخر فى التعويض وفقاً للمادة ١٢٢ مدنى(١) .

ابطال التصرف

٣٥٩ ــ يتم إبطال التصرف فى القانون الألمانى بإعلان للإرادة يوجهه من له الحق فى الإبطال ، إلى الخصم فى الإبطال ، فلا يحتاج إلى اتفاق أو حكم

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ٥٧ - ٥٩ .

قضائى كما هو الشأن فى غالبية التشريعات (١) . ويجب أن يصدر دون إبطاء غير مغتفر بمجرد أن يعلم من صدر منه إعلان الإرادة بسبب الإبطال ، وإذا صدر الإبطال فى الوقت المناسب فإنه يؤدى إلى إزالة آثار التصرف بأثر رجعى . ويسقط الحق فى الإبطال إذا مضت ثلاثون سنة من الوقت الذى صدر فيه إعلان الإرادة المبنى على الغلط . وهذه المدة هى مدة سقوط لا تقبل القطع ولا الإيقاف .

تعويض الضرر الناشىء عن الابطال

٣٦٠ ــ تلزم المادة ١٢٢ من القانون المدنى ، من أعلن الإبطال بتعويض أضرار الثقة التى أدى إليها الإبطال . ولا يستند التعويض إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد (٢) ، بل يستند إلى نص القانون ؛ فكلما وجدت علاقة سببية بين إبطال إعلان الإرادة والضرر الذى أصاب الطرف الآخر ، التزم من أعلن الإبطال بالتعويض ، حتى لو كان الغلط الذى سبب الإبطال قد حدث نتيجة قوة قاهرة أو سبب أجنبى . فالعبرة فى تقدير الحق فى التعويض ، ليست بما يمكن أن ينسب من خطأ إلى من صدر منه إعلان الإرادة ، وإنما العبرة بوجود علاقة سببية بين إبطال إعلان الإرادة ، والأضرار التى نزلت بالطرف الآخر .

٣٦١ ــ وإذا كان الخصم فى الإبطال يعلم العيب الذى يشوب إعلان الإرادة ، فلا ينشأ له حق فى التعويض . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٢٢ مدنى فى فقرتها الثانية وتوسعت فى هذا ، فلم تقصر حرمان المضرور من التعويض على حالة علمه بسبب الإبطال ، وإنما مدت هذا الحكم أيضاً إلى الحالة التى كان يجب أن يعلم فيها بهذا السبب . ووجوب العلم ، هو عدم

(١) كانت فكرة إعلان الإبطال بإرادة منفردة هى التى أخذ بها واضعو المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى . فقد كانت المادة ١٩٦ من المشروع تجرى بأنه « يكفى فى تقرير البطلان النسبى إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً » ــ مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٥ ــ ٢٤٠ .

(٢) يرى الأستاذ السنهورى أن المادة ١٢٢ من القانون المدنى الألمانى تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد ــ نظرية العقد بند ٥١٠ ، بينما الرأى السائد فى الفقه الألمانى الآن هو أن التعويض الذى نصت عليه تلك المادة إنما يقوم على مبدأ السببية ولا يستند إلى أى خطأ يمكن نسبته إلى من صدر منه إعلان الإرادة ــ أنظر عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٨٣ .

العلم الذى يستند إلى إهمال ، ولا يشترط أن يكون الإهمال جسيماً بل يكفى الإهمال البسيط ، وهو وفقاً لما تقرره المادة ٢٧٦ مدنى ترك العناية التى يتطلبها التعامل ، فلا يقاس وجوب العلم بمقياس شخصى ، وإنما وفقاً لما كان يجب أن يعلمه شخص عادى فى الظروف المماثلة .

٣٦٢ — ولم يرد فى القانون المصرى تنظيم مماثل لما ورد فى المادة ١٢٢ سالفة البيان ، فطرف العقد الذى وقع فى غلط وتمسك بالإبطال وحكم له به ، لا يطالب بتعويض الطرف الآخر عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب الإبطال . والذى يبدو لأول وهلة ، هو أن هناك اختلافاً كبيراً بين القانونين ، مع أن الواقع غير ذلك . فالقانون الألمانى يعتدّ بالغلط الفردى ، ويجيز لمن وقع فى غلط أن يبطل التصرف حتى ولو لم يكن الطرف الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا أبطل التصرف التزم من أعلن الإبطال بتعويض الطرف الآخر عن أضرار الثقة التى أدى إليها الإبطال . وإذا لم يكن الغلط فردياً ، بأن كان الطرف الآخر يعلم أو كان يجب أن يعلم به ، فلن يكون له حق فى التعويض . وبالمقابلة إذا كان الغلط فردياً فى القانون المصرى ، فإنه يعيب الإرادة ، وكان يجب أن يبطل العقد إذا طلب من وقع فى غلط ذلك . بيد أنه إذا أبطل العقد ، فإن الطرف الآخر الذى اطمأن إلى صحة التصرف يكون له الحق فى التعويض ، لأنه كان حسن النية ولم يعلم ، ولم يكن باستطاعته أن يعلم بالغلط . وقد رأى المشرع المصرى أن خير تعويض ما كان عيناً ، فأبقى العقد فى هذه الحالة على أساس التعويض لا على أساس الإرادة الحقيقية(١) . فالغلط الفردى يترتب عليه التعويض فى كلا القانونين الألمانى والمصرى : فى الأول تعويض نقدى ، وفى الثانى تعويض عينى يتمثل فى بقاء العقد(٢) .

وأما إذا اتصل الطرف الآخر بالغلط ، بأن كان يعلم أو يستطيع أن يعلم به ، فإن الحق فى التعويض لا ينشأ فى القانون الألمانى ، ويتساوى الإبطال للغلط فى هذه الحالة مع الإبطال كما نظمه القانون المصرى .

(١) السنهورى ، الوسيط ج ١ فقرة ١٧٦ — نظرية العقد فقرة ٣٦٩ .

(٢) ومع ذلك يبقى الاختلاف بين القانونين فى أن العقد فى القانون الألمانى تزول آثاره ، بينما يبقى العقد فى القانون المصرى قائماً ومنتجاً لآثاره .

الغلط فى الباعث

٣٦٣ — لا يعتد القانون المدنى الألمانى بالباعث ، فالغلط فيه غلط خارج نطاق التصرف ، ولو سمح بالإبطال لغلط فى الباعث لأدى إلى عدم استقرار المعاملات ، ولترتب على الإبطال ، أن خطر العقد لا يقع على من وقع فى غلط ، وإنما على الطرف الآخر . ولكن ما يتصوره أو يتوقعه المتعاقدان ، عند عدم تحققه ، قد يعتد به القانون ويرتب عليه أثراً إذا كان يكوّن ما يسمى أساس التصرف القانونى ، وهذا معترف به فى الفقه وفى القضاء . ومع ذلك يوجد خلاف حول تحديد الشروط التى يجب توافرها ليصبح ما يتصوره أو يتوقعه المتعاقدان أساساً للتصرف القانونى . وبصفة خاصة حول التمييز بين الباعث الذى لا يعتد به ، وأساس التصرف . وإذا استطعنا أن نميز بينهما ، فما هى الآثار التى تترتب على عدم تحقق ما تصوره أو توقعه المتعاقدان ؟ :

أساس التصرف القانونى(١)

٣٦٤ — لا يوجد اتفاق فى الفقه حول تحديد ما يعتبر أساساً للتصرف القانونى . وقد اعتبرت المحكمة العليا الألمانية أن الباعث الذى يوجد عند أحد المتعاقدين ، والذى يعرفه الطرف الآخر ، أو البواعث المشتركة عند المتعاقدين بالنسبة للتصرف ، يعتبر أساساً للتصرف القانونى . فإذا كانت البواعث التى دفعت كلا من المتعاقدين لإعلان إرادته ، بواعث مشتركة بين الطرفين ، فإنها تعتبر أساساً لهذا العقد والغلط فيها يعتبر غلطاً فى أساس التصرف . وتكون البواعث المشتركة أساساً للتصرف ، إذا أمكن التسليم بأن إعلانات الإرادة التى صدرت من العاقدين ، ما كانت لتصدر ، أو على الأقل ما كانت لتصدر بهذا المضمون لو أنهما كانا يعلمان بالحقيقة(٢) .

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٦٠ — ٦٤ .

(٢) وليس ضرورياً أن تكون هذه البواعث قد نوقشت صراحة بين الطرفين حتى يمكن القول بأنها بواعث مشتركة . فإذا علم شخص ، بناء على إعلان غير صحيح فى الصحف ، أن مهرجاناً سيمر فى يوم معين من شارع معين ، فاستأجر حجرة من أحد قاطنى هذا الشارع لمدة يوم واحد بسعر مرتفع ليتمكن من مشاهدة هذا المهرجان ، ثم تبين بعد ذلك أن الخبر غير صحيح ، فإننا نكون بصدد غلط فى أساس التصرف ، لأن إعلانات الإرادة ما كانت لتصدر من العاقدين لو علما بالحقيقة . ولكن الأمر يختلف ونكون بصدد غلط فى الباعث لو أن هذا الشخص ، استأجر لنفس الغرض ، حجرة فى فندق يقع فى نفس الشارع —

٣٦٥ ـ ويترتب على صدور إعلانات الإرادة من العاقدين على أساس تصور غير صحيح ، فقدان العقد وظيفته كوسيلة لتحقيق مصالح الطرفين ، ولا يمكن القول ببقائه كما فى حالة الغلط الفردى فى الباعث . ويكون متعارضاً مع مبدأ الإخلاص والثقة أن يتمسك أحد العاقدين ببقاء العقد ، لأنه يحصل على مزايا من هذا الغلط المشترك ، ولذلك فإن العقد فى هذه الحالة يكون غير نافذ . وذلك على أساس تطبيق مماثل للحكم الذى ورد فى المادة ٧٧٩ مدنى بأن الصلح يكون غير نافذ إذا تبين من العقد أن الوقائع التى كانت أساساً للصلح لا تطابق الحقيقة ، وأن النزاع ما كان لينشأ لو كانت هـذه الوقائع معروفة . فالمادة ٧٧٩ تعتبر بذلك إحدى صور الغلط فى أساس التصرف .

٣٦٦ ـ ونسترعى النظر إلى أن عدم نفاذ العقد لا يترتب بقوة القانون ، وإنما يجب أن يترك العاقدين بصفة عامة أن يقرروا ما إذا كانا يريدان أن رتبا آثاراً على غلطهما المشترك فى الباعث أولا . ووسيلة التحلل من هذا العقد هى الفسخ Rueckritt الذى ينتج آثاره بأثر رجعى extunc ولا تطبق المادة ١٢٢ الخاصة بالتعويض . والذى دعا إلى القول بعدم نفاذ العقد فى هذه الحالة ، هو أن تنظيم الإبطال للغلط فى المادة ١١٩ مدنى وما بعدها ، يؤدى إلى أن من يستعمل حقه فى الإبطال يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية ، وهو ما يبدو غير عادل إذا سمح به فى حالة الغلط فى أساس التصرف ، لأن التعويض سيلتزم به من يستعمل حقه فى الإبطال أولا ؛ لذلك فإن المحكمة العليا عدلت عن رأيها الذى كان يذهب إلى أن الغلط فى أساس التصرف هو غلط فى مضمون الإعلان يعطى الحق فى الإبطال ، وبحثت عن الحل فى المادة ٢٤٢ التى تقضى بأنه يجب على المدين أن ينفذ التزامه وفقاً لما يتطلبه الإخلاص والثقة ، مع مراعاة مقتضيات التعامل ، إذ مما يتعارض مع ما تقرره هذه المادة أن يتمسك أحد العاقدين بهذا العقد .

وقد يستبعد الحق فى التمسك بعدم نفاذ العقد رغم الغلط فى أساس التصرف إذا كان ذلك يتعارض مع مبدأ الإخلاص والثقة . ويكون ذلك ممكناً إذا كان

=بالسعر العادى : فتصور الشخص هنا بأن المهرجان سيمر من الشارع يعتبر أساساً لإعلان الإرادة الذى صدر منه ، ولكنه ليس أساساً للتصرف .

الطرف الآخر فى العقد قد أظهر استعداده أن يعمل حساباً للغلط ، بمعنى أنه يقبل أن ينفذ التصرف وفقاً للمضمون الذى كان يمكن أن يكون له ، لو لم يوجد الغلط المشترك فى الباعث . فإذا كان ثمة اتفاق على النفقة بين الملتزم بها والمستحق لها ، وذلك على أساس دخل معين للأول ، ثم تبين أن الدخل يقل عن ذلك بكثير ، فإن الملتزم بالنفقة لا يستطيع أن يتخلص من العقد إذا قبل المستحق إنقاص النفقة بالقدر الذى يجعلها تتناسب مع الدخل الحقيقى .

٣٦٧ ـ ومع أن الغلط المشترك الذى يقع فيه المتعاقدان ، سواء فى الإعلان أو فى صفة جوهرية ، لا يعتبر غلطاً فى أساس التصرف القانونى ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر غلطاً يعطى الحق فى الإبطال ، فلا تطبق المادة ١١٩ وما بعدها ، لأن هذه المواد تنظم الغلط الفردى فقط . والسبب فى عدم تطبيق المادة ١١٩ وما بعدها على هذه الحالة هو أن من يطلب الإبطال أولا سيلتزم بتعويض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية وفقاً للمادة ١٢٢ ، مع أن هذا الأخير قد تكون له نفس المصلحة فى الإبطال ، ومع ذلك يتقاضى تعويضاً ؛ لذلك فإن العقد فى هذه الحالة يكون غير نافذ ويكون لكل من العاقدين أن يتحلل منه على أساس المادة ٢٤٢ ، إلا إذا تبين من العقد أن المتعاقدين يجب أن يلتزما بمضمونه . ويختلف الوضع ، بطبيعة الحال ، لو أن كلاً من المتعاقدين وقع فى غلط يختلف عن الغلط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر ، إذ يكون لكليهما الحق فى الإبطال إذا توافرت شروطه مع تعويض الطرف الآخر ، إعمالاً لقواعد الإبطال المنصوص عليها بالمادة ١١٩ مدنى .

الغلط فى الباعث فى القانون المصرى والغلط فى أساس التصرف فى القانون الألمانى

٣٦٨ ـ تقدم القول إن الرأى السائد فى الفقه يذهب إلى أن القانون المصرى يعتد بالغلط فى الباعث ، إذا كان جوهرياً ، على عكس ما كانت تذهب إليه النظرية التقليدية وما يذهب إليه الرأى السائد فى القانون الألمانى ، من أن الغلط فى الباعث لا يعتد به ، على تقدير أنه إنما يتعلق بأمر ذهنى خارج نطاق التعاقد . والواقع أنه ، فى القانون المصرى ، بعد أن وضع المشرع معياراً لجوهرية الغلط واشترط أن يكون الغلط مشتركاً فى معنى المادة ١٢٠

مدنى ، لم يعد ثم مبرر لعدم الاعتداد بالغلط فى الباعث . ولا خوف من أن يؤدى هذا إلى عدم استقرار المعاملات طالما أن الإبطال للغلط فى الباعث لن يقبل إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد اتصل بهذا الغلط . وتعويلا على ذلك ، فإذا استأجر شخص منزلا فى مدينة معتقداً أنه نقل إليها ثم تبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان واقعاً فى غلط فى الباعث يجيز له إبطال عقد الإيجار . وإذا اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته سرقت ، ثم اتضح غير ذلك ، كان واقعاً فى غلط فى الباعث يعطيه الحق فى الإبطال ، شريطة أن يكون المتعاقد الآخر فى الحالتين قد اتصل بهذا الغلط .

٣٦٩ — والواقع أن الاعتداد بالغلط فى الباعث فى جميع الأحوال ، قد يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات ، ويؤدى فى نفس الوقت إلى الإضرار بمصلحة الطرف الآخر فى العقد . فهو يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات لأن مصير العقد ، فى المثالين السابقين ، يظل معلقاً فترة من الوقت لا يستطيع المتعاقد الآخر فيها أن يعرف ما إذا كان المستأجر قد نقل حقيقة ، أو ما إذا كانت السيارة قد سرقت بالفعل . وهو يؤدى إلى الإضرار بمصلحة الطرف الآخر فى العقد الذى قد تفوته فرصة أفضل لإيجار المنزل ، أو لبيع السيارة . ولا يمكن تبرير هذه الأضرار بحجة أنه كان يعلم الباعث على التعاقد . فالإبطال فى هذه الحالات يلقى خطر الغلط على عاتق المتعاقد الآخر ، وكان أولى أن يقع على عاتق من وقع فى الغلط ، إذ كان حرياً به أن يتأكد من النقل ، أو من سرقة السيارة قبل الإقدام على التعاقد . لذلك فإن الغلط فى الباعث يجب ألا يكون سبباً للإبطال[1] ، وإلا فإن التساؤل يثور عما إذا كان من الممكن أن يطالب من أبطل العقد بتعويض الأضرار التى سببها الإبطال للمتعاقد الآخر .

٣٧٠ — وبشأن ما يسميه القانون الألمانى غلطاً فى أساس التصرف ، وهو الغلط المشترك فى الباعث ، فليس إلا غلطاً فى الباعث فى القانون المصرى يعطى الحق — وفقاً للرأى السائد — فى الإبطال ، ولا يجعل التصرف غير نافذ كما هو الحكم فى القانون الألمانى . فالغلط فى القانون الألمانى الذى

(١) أنظر عبد الودود يحيى ، المرجع السابق بند ٣٤ — اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) ١٩٦٦ بند ١٠٠ .

تطبق عليه المواد ١١٩ وما بعدها هو الغلط الفردى ، وأما الغلط المشترك فلا تطبق عليه هذه المواد وإنما يؤدى إلى أن يكون التصرف غير نافذ . هذه التفرقة لا مبرر لها فى القانون المصرى ، لأن الغلط الفردى الذى لا يتصل به المتعاقد الآخر ، هو غلط لا يعتد به القانون . وأما الغلط المشترك فهو إحدى صور اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، ويعطى من وقع فيه الحق فى الإبطال .

وهكذا نرى أن الغلط الفردى فى الباعث فى القانون الألمانى — والباعث هو كل تصور سابق على إبرام التصرف ، ولا يظهر فى إعلان الإرادة ، وإنما يؤثر فى تكوينها — لا يعتد به ، بينما يثير الغلط المشترك فى الباعث ، مسألة هامة فى القانون الألمانى هى مسألة أساس التصرف القانونى التى تثير خلافاً كبيراً فى الفقه والقضاء فى ألمانيا . ولا يكفى أن نكون بصدد حالة من حالات الغلط التى حددها القانون ، وإنما يجب ، بالإضافة إلى ذلك ، توافر علاقة السببية بين الغلط وإعلان الإرادة ، أى أن يكون الغلط دافعاً . ويتوافر هذا الشرط إذا أمكن القول بأن إعلان الإرادة ما كان ليصدر لو علم من أصدره بالحقيقة ، وكان قد قدر الأمور تقديراً معقولا (المادة ١/١١٩ مدنى) . واشتراط أن يكون من وقع فى غلط قد قدر الأمور تقديراً معقولا ، لا يعنى أن القانون يضيف إلى المعيار الشخصى معياراً موضوعياً آخر[1] ، وإنما هو معيار واحد مرده وجهة نظر من وقع فى غلط بشرط أن يكون قد قدر الأمور تقديراً معقولا . ومن ثم فإنه لمعرفة متى يكون الغلط دافعاً ، لا تكون العبرة بما إذا كان الغلط من شأنه أن يدفع رجلا عاقلا إلى التعاقد[2] ، وإنما تنظر إلى ما إذا كان الغلط من شأنه أن يدفع من صدر منه إعلان الإرادة ، منظوراً إليه كشخص عاقل . وفى الحالة الثانية يجب أن ندخل فى الاعتبار كل الظروف الشخصية الخاصة بمن وقع فى غلط[3] .

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٩٤ — وعكس ذلك السنهورى ، نظرية العقد ص ٣٥٩ ، هامش (٤) . فهو يرى أن معيار الغلط الدافع فى القانون الألمانى ، معيار مادى لا يعبأ القانون فيه بنية المتعاقد .

(٢) السنهورى ، المشار إليه بالهامش السابق .

(٣) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق بند ٣٥ .

مقارنة بين نظرية الغلط فى القانون الألمانى والقانون المصرى

٣٧١ — يمكن فى النهاية أن نوجز أهم مميزات نظرية الغلط فى القانون الألمانى ، مع المقارنة بالقانون المصرى ، فيما يلى :

أ — الغلط الذى يعتد به القانون هو الذى يؤدى إلى الاختلاف بين الإرادة والإعلان عنها ، فإذا لم يوجد هذا الاختلاف ، فإن من صدر منه إعلان الإرادة لا يكون واقعاً فى غلط . ولذلك فالصور الرئيسية للغلط ، وهى الغلط فى شكل الإعلان أو فى نقله أو فى مضمونه ، تعتبر غلطاً فى إعلان الإرادة ، وليست غلطاً فى تكوين الإرادة . وأما الغلط فى صفة جوهرية ، فلا يؤدى إلى اختلاف بين الإرادة والإعلان عنها ، ولذلك فهو لا يعتبر غلطاً فى إعلان الإرادة ، وإنما يعتبر غلطاً فى تكوينها . وفى هذا النطاق يشترك الغلط فى القانون الألمانى مع الغلط فى القانون المصرى ، على خلاف فى التفصيلات .

ب — سلك القانون الألمانى مسلكاً وسطاً بين نظرية الإرادة (الإرادة الباطنة) ، ونظرية الإعلان (الإرادة الظاهرة) . فهو لم يأخذ بنظرية الإرادة كما كان يعتنقها واضعوا المشروع الأول للقانون ، حيث كانوا يجعلون جزاء الغلط هو البطلان . ولم يأخذ بنظرية الإعلان فيقف عنده ويقرر الصحة المطلقة للتصرف ، رغم ما يشوب الإرادة من عيب ، وإنما اعتبر التصرف صحيحاً بصفة مؤقتة ، ولمن شاب إرادته عيب أن يضع إرادته الحقيقية موضع التنفيذ عن طريق استعمال حقه فى الإبطال .

جـ — إذا كان القانون الألمانى قد غلّب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة فى بعض الحالات حيث اقتضى استقرار المعاملات ذلك[1] ، إلا أنه قد رجح الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة فيما يتعلق بنظرية الغلط[2] . بل إنه فى هذا الصدد قد اعتد بالإرادة الحقيقية أكثر من القانون المصرى . فهو يعتد بالغلط الفردى ، ويعطى من وقع فيه الحق فى الإبطال دائماً ، إذا كان الغلط دافعاً . ولا يقدح فى ذلك أن التصرف يعتبر صحيحاً بصفة

(١) من ذلك ما تقضى به المادة ١١٦ مدنى من عدم بطلان إعلان الإرادة لمجرد أن من أعلنه كان يحتفظ سرا بأنه لا يريد ما أعلن (إعلان الإرادة المصحوب بتحفظ سرى) .

(٢) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٩٦ .

مؤقتة ، لأن من وقع فى غلط يستطيع دائماً أن يغلب الإرادة الحقيقية عن طريق استعمال حقه فى الإبطال ، لذلك يمكن القول إنه إذا كان القانون الألمانى لا يقيم التصرف على أساس من الإرادة الحقيقية دائماً ، إلا أن الإرادة الحقيقية تستطيع دائماً أن تزيل آثار أى تصرف لا ترغب فيه ، ولن يكون الالتزام بالتعويض حائلا دون تغليب الإرادة الحقيقية فى النهاية ، وذلك على عكس القانون المصرى الذى يقيم العقد فى حالات كثيرة على الإرادة الظاهرة ، حيث لا يستطيع من وقع فى غلط أن يثبت أن المتعاقد الآخر قد اتصل بالغلط على النحو الذى حددته المادة ١٢٠ من القانون المدنى ، ولا سبيل أمامه لتغليب إرادته الحقيقية بأية حال . وقد رأينا أن ذلك ممكن فى القانون الألمانى مع التزام بتعويض أضرار الثقة التى يسببها الإبطال .

د — يقال عادة إن مجال الغلط فى القانون الألمانى أضيق منه فى القوانين اللاتينية ، وقد يبدو أن السبب فى هذا هو ما يقال من أن القانون الألمانى أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة[1] ، وأنه حدد حالات الغلط التى يعتد بها ، إلا أن الواقع غير ذلك . فبعد أن أخذ القانون الألمانى بالغلط فى الصفة[2] ، وبعد أن توسعت المحكمة العليا فى فهم معنى الصفة ، اتسع نطاق الغلط بدرجة كبيرة لدرجة أنه يمكن القول إنه يندر أن توجد حالة يكون التصرف فيها قابلا للإبطال فى القانون المصرى ، ولا يكون كذلك فى القانون الألمانى .

هذا إلى أن القانون الألمانى لا يعرف الغلط المانع ، ولا الغلط الذى لا يؤثر على صحة التصرف فى القانون المصرى ، كالغلط فى الحساب وغلطات القلم (المادة ١٢٣ مدنى مصرى) ، فهذه كلها صور لغلط يعطى الحق فى الإبطال فى القانون الألمانى . فإذا أضفنا إلى هذا أن القانون الألمانى يعتد بالغلط الفردى ، ولا يتطلب أن يكون الطرف الآخر قد اتصل بالغلط ، أمكن القول بأن حالات الإبطال للغلط فى القانون المصرى ، أقل بكثير منها فى القانون الألمانى [3] .

ز — إن عدم الاعتداد بالغلط فى الباعث فى القانون الألمانى ، لا يعنى

(١) السنهورى ، نظرية العقد ص ٣٠٩ هامش ٤ .

(٢) على خلاف ما كان موجوداً فى المشروع الأول للقانون .

(٣) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٩٧ .

تضييقاً لنطاق الغلط . فالغلط فى الباعث الذى لا يعتد به هو الغلط الفردى الذى لا يظهر بطريق أو بآخر فى إعلانات الإرادة التى صدرت من العاقدين، وفى هذا الفرض لا يعتد بالغلط فى الباعث أيضاً فى القانون المصرى .

ص — إن عدم جواز الإبطال للغلط فى القانون الألمانى ، إذا كان الغلط مشتركاً ، لا يعنى أن التصرف يكون صحيحاً . فالتصرف فى هذه الحالة يكون غير نافذ ، وسبب رفض الإبطال فى هذه الحالة ، هو أن الإبطال يترتب عليه الالتزام بتعويض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية ، فلو قيل بجواز الإبطال لترتب على ذلك نتائج غير عادلة ، لأن من يعلن الإبطال أولا سيكون ملزماً بتعويض الطرف الآخر الذى قد تكون له نفس المصلحة فى الإبطال .

ط — وأخيراً فإن الإبطال للغلط بإرادة منفردة قد فتح باباً لاستعمال الإبطال فى حالات قد لا يكون من السهل فيها معرفة ما إذا كانت شروط الإبطال للغلط متوافرة ، فينازع الخصم فى صحة الإبطال ويعرض الأمر على القضاء ، وحتى فى الحالات التى يسلم فيها الخصم بالإبطال ، فإن النزاع يعرض على القضاء بمناسبة دعوى التعويض ، ولذلك فإنه على الرغم من أن الإبطال يتقرر بإرادة منفردة ، إلا أن النزاع يعرض على القضاء لسبب أو لآخر ، الأمر الذى يضحى معه القول بأن القانون الألمانى قد اقتصد فى المنازعات التى تثار بسبب الإبطال عن القوانين التى لا تجيز الإبطال إلا بالاتفاق أو بحكم القضاء — محل نظر .

السبب فى الفقه اللاتينى

٣٧١م— يستعمل السبب فى الفقه اللاتينى فى ثلاثة معان :

أ — السبب المنشىء : ويراد به مصدر الالتزام ، أى الواقعة القانونية التى أنشأت الالتزام كالعقد والإيجاب المنفرد المستقل — فى الإرادة المنفردة — وهذا المعنى هو المقصود من السبب فى عبارة « الإبراء بلا سبب » وهو ما يطلق عليه إسم السبب فى الفقه الإسلامى .

ب — السبب القصدى أو الفنى : ويراد به الغرض المباشر الذى يبغى العاقد أن يحصل عليه من عقده ، فهو فى عقد البيع مثلا بالنسبة إلى التزام البائع حصوله على الثمن من المشترى ، وبالنسبة إلى التزام المشترى حصوله على ملكية

المبيع ، وهو واحد فى جميع صور البيع لا يختلف ، ويتضمنه العقد ، ومن ثم لا يبحث عنه خارجه ، كما هو واحد فى جميع عقود التبرع .

جـ — السبب الدافع أو المصلحى : ويراد به الباعث الذى دفع الملتزم إلى التزامه ، ففى عقد البيع بالنسبة إلى البائع رغبته فى أن يقوم بوفاء ما عليه من الدين من الثمن أو فى أن يشترى به عيناً أخرى أو ينفقه فى شأن من شئونه ، وبالنسبة إلى المشترى رغبته فى الحصول على متجر أو سيارة للركوب أو للنقل أو نحو ذلك . وفى عقود التبرع رغبة المتبرع فى إسداء يد إلى المتبرع له أو فى مكافأته على ما قدمه إليه من خدمة أو فى إعانته على دفع حاجة من حوائجه ، أو رغبته فى المساهمة فى مشروع خيرى أو نحو ذلك . فهو يختلف باختلاف الملتزمين ولا يبحث عنه فى ثنايا العبارة الدالة على الالتزام ، وإنما يبحث عنه بين النوايا الباطنية والدوافع النفسية بواسطة القرائن والملابسات .

والنظرية التقليدية فى الفقه الغربى تقضى بأنه لا تأثير للباعث الدافع على الالتزام فى وجود العقد ولا فى قيام الالتزام : فالعقد إذا كان له سبب قصدى مباشر كان صحيحاً والالتزام قائماً سواء أكان الباعث عليه شريفاً أم غير شريف ، متفقاً مع النظام العام أم مخالفاً له ، لأنه لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، إذ البواعث متعددة مختلفة لدى كل ملتزم ، ويشترط لصحة هذا السبب أن يكون موجوداً وأن يكون مشروعاً . وقد بينا فيما سبق كيف نحيت هذه النظرية عن وضعها هذا وحلت محلها النظرية الحديثة التى ذهبت إلى وجوب الاعتداد بالسبب بمعنى الباعث على الالتزام مع مراعاة السبب القصدى ، وكان ذلك اتجاه الفقه والقضاء لمواجهة الحياة العملية ، وما شاب النظرية التقليدية من قصور أمام بعض العقود الواجبة البطلان ، مثل عقد الهبة الذى يكون الباعث فيه على الالتزام غير مشروع كأن يكون إيجاد علاقة غير شريفة ، إذ أن نية التبرع وهى السبب القصدى فى هذا العقد يعد أمراً مشروعاً ولكن الباعث عليه هو الذى يعد غير مشروع وهو القصد إلى إيجاد علاقة جنسية غير شريفة . فهذا العقد ، بناء على النظرية التقليدية ، يكون صحيحاً لوجود سببه مستوفياً شرائطه ، ويكون باطلا بناء على النظرية الحديثة التى توجب لصحة الالتزام أن يكون الدافع إليه مشروعاً .

هذا وقد أوضحنا آنفاً مسلك القضاء المصرى فى هذا الشأن .

السبب فى الفقه الاسلامى

٣٧٢– لعله من المستحسن، وقد انتهى البحث فى نظرية السبب أخيراً إلى الاعتداد بكل من السببين : القصدى أو الفنى ، والمصلحى وهو الباعث الدافع إلى الالتزام ، أن نبحث السبب فى الفقه الإسلامى فى هذين المعنيين .

السبب القصدى أو الفنى :

يعتد الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة التى تدل عليها عبارة الالتزام الصادرة من الملتزم ، ولها فى هذا الفقه الأهمية القصوى فى إنشاء العقد وفى ترتب آثاره الشرعية عليه ، ولا يحفل كثيراً بالإرادة الباطنة ما دامت مستترة فى النفس ولم يفصح عنها الملتزم بوسيلة من وسائل الإفصاح ، ذلك لأنها أمر باطنى لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها بما يصدر عنه كاشفاً عنها . لهذا لم يكن من المستطاع الاعتماد عليها فى إنشاء الالتزام والحكم بآثاره ، ووجب لذلك أن يكون المرجع فى ذلك والمناط ما تنكشف به هذه الإرادة بما يصدره صاحبها عند التزامه مفصحاً عنها ، كما وجب أن يعتبر هذا فى العقد دليلا على الإرادة ، فى انحرافه انحرافها وفى استقامته وصلاحيته صلاحها واستقامتها ، وهذا أصل كلى شرعى .

ولما كان السبب القصدى أمراً موضوعياً ليس خارجاً عن العقد بل تدل عليه عبارته المنشئة له ، وكان موضوع العقد ومحله فى نظر هذا الفقه هو مادلت عليه عبارته ، فقد استغنى الفقه الإسلامى ببيانه لمعنى العقد وأركانه ومحله ، مدلولا على ذلك بعبارته المنشئة له ، عن ذكر ذلك السبب القصدى والاحتفال له تحت هذا الإسم ، ذلك أنه عند ما عرض لبيان ماهية العقود التى تتم بين طرفين ، أوجب أن تكون هذه العقود مكونة من عبارتين دالتين على التزامين متوافقين مرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً يجعل وجود أحدهما معلقاً على وجود الآخر ، فإذا لم يتحقق هذا الارتباط لم ينشأ العقد .

وما من شك فى أن هذا البيان يشير إلى أن كلا الالتزامين يعد سبباً للآخر ، وأن التزام أحد العاقدين مقصود للآخر منهما ومطلوب له ، فكان التزام كل من العاقدين سبباً لالتزام صاحبه ، وهذا هو السب الفنى فى إصلاح القانون الوضعى .

٣٧٣– وتعويلا على ما تقدم يبين أن الفقه الإسلامى ، ولو أنه لم يحفل بإبراز هذا الموضوع تحت إسم خاص ، فإنه لم يهمله بل شرحه ودل عليه فى ثوب آخر . وكذلك الحال فى عقود التبرع أو الالتزام الانفرادى ، فقد عنى الفقه الإسلامى أيضاً عناية تامة بما تدل عليه عبارة هذا الالتزام فى وضعها وظروفها من نية التبرع ، وذكر أن التبرع والالتزام لا ينشآن إلا إذا دلت العبارة على هذه النية . وعلى أن التبرع أمر مقصود للملتزم يريد تحقيقه ابتداء بعبارته دون غيره من الأسباب . وليس السبب القصدى للمتبرع فى الفقه اللاتينى إلا هذا ، لأنه السبب المقصود تحقيقه ابتداء من المتبرع ، ومن ثم يكون موضوع التبرع الذى عنى به الفقه الإسلامى ، وهو التبرع بالعين المسماة فيه ، مغنياً عن ذكر ذلك السبب لاشتماله عليه ، ولم يكن من حاجة إلى جعله ركناً مستقلا فى الالتزام بعد أن ظهر أنه من مشتملات العبارة ومدلولاتها وقد جعلها الفقه الإسلامى ركناً له .

٣٧٤– وإذا كان السبب القصدى فى الفقه اللاتينى يقوم بدور فى الشرائع التى تمسكت به من ناحية وفاته بتعليل بعض الأحكام ، فما الذى قام بهذا الدور فى الفقه الإسلامى ؟ وما الذى تعوض به هذا الفقه عن « السبب » الذى لم يعقد له باباً يجعله أصلا من أصوله ولا نظرية من نظرياته ؟ .

فى سبيل الإجابة على ذلك نقرر أنه إذا كان أنصار نظرية السبب القصدى من علماء الفقه الغربى قد تمسكوا بها لصلاحيتها وفائدتها فى إبطال التزامات صدرت من جانب مستوفية لشرائطها ، وذلك لارتباطها بالتزامات أخرى من جانب آخر محلها غير موجود أو غير مشروع أو مستحيل ، فإن الفقه الإسلامى قد استطاع بوسائله وصنعته الخاصة به أن يصل إلى ذلك ، لا عن طريق القول بالسبب القصدى ، بل من طريق ما اشترطه من الشروط فى محل العقد المكون من التزامين متقابلين . فقد اشترط فى محله ألا يكون محظوراً ، فأبطل الإجارة على السب والضرب والقتل وما إلى ذلك من العقود التى يكون موضوعها أمراً محظوراً محرماً ، بينما يبطلها فقه القانون الوضعى لأن السبب فيها غير مشروع — واشترط أيضاً أن يكون المحل مقدوراً وغير مستحيل ، فأبطل الإجارة على الأعمال غير المقدورة فى ذاتها والالتزامات

بأعمال غير مقدورة فى العادة ، بينما أبطلها الفقه القانونى بناء على أن السبب القصدى غير ممكن .

واشترط كذلك أن يكون موضوع العقد محققاً لطرفيه جميعاً فائدة ، فأبطل المبادلة بين شيئين متماثلين من جميع الوجوه ، وأبطل الإجارة على الأعمال الواجبة شرعاً كالإجارة على الصلاة ، وأبطل الفقه القانونى هذه الالتزامات بناء على أن السبب غير موجود فى الحقيقة ، إذا السبب لا بد أن يكون فى عقود المعاوضات مصلحة مالية تبتغى من العقد .

أما فى الالتزام الفردى أو فى التبرع ، فإن السبب قد يكون الحصول على عمل كما فى الوعد بجائزة ، أو التبرع كما فى التبرعات ، وفى الحالين لا يستدل على ذلك إلا بالعبارة المنشئة للالتزام المفصحة عما استكن فى النفس من ذلك والتى تعتبر دليلا على وجوده ، وذلك ما يحقق وجود السبب القصدى فى الفقه الوضعى ، وما يحقق شرط الرضا والاختيار فى الفقه الإسلامى ، فكان اشتراط الرضا فى هذا النوع مغنيا عن القول بالسبب القصدى مؤدياً نتائجه ، مضافاً إلى ذلك دلالة العبارة على موضوع الالتزام ، كما فى الوعد بجائزة ، لأن إرادة العمل المجاز عليه هو الباعث على الالتزام بالمال .

ومن ذلك يتبين أن من الخطأ أن يحاول إنسان فرض نظرية السبب القصدى على الفقه الإسلامى فرضاً قسرياً لا يقوم إلا على محاولات وتأويلات لا سند لها ولا ضرورة إلى فرضها ، إذ لكل فقه أصوله وصنعته(١) .

السبب المصلحى او الباعث

٣٧٥ — أشرنا فيما سبق إلى أن النظرية الحديثة للسبب بمعنى الباعث تستوجب ألا يكتفى فى سبيل الحكم بصحة الالتزام بأن تكون أركانه وشروطه سليمة من الناحية الفنية الاصطلاحية ، بل يجب مع ذلك أن نبحث عن البواعث والدوافع التى دفعت صاحبه إليه ، حتى إذا وجدت مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب كان الالتزام صحيحاً ، إذ كثيراً ما يستخدم الالتزام للوصول إلى أغراض وغايات محرمة أو مخالفة للنظام العام والآداب ، وفى هذه الحال يتعين على المشرع أن يبطله ولا يقره .

(١) الأستاذ على الخفيف ، التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة ١٩٦٤ ص ٨٢ — ٨٩ .

وإذا نظرنا إلى الفقه الإسلامى وجدنا أن له منزعين مختلفين فى النتيجة ، فهو من ناحية ذو نزعة موضوعية بارزة ، إذ تبنى أحكامه فى مجال الالتزام على الاعتداد بالعبارة واعتبارها المظهر الكاشف عن الإرادة التى تتوقف عليها نشأة الالتزام ، إلا إذا قام دليل مادى ينفى عنها تلك الدلالة ويحول بينها وبين ذلك الإفصاح ، كالصغر والجنون والإكراه والاتفاق السابق على الهزل . أما ادعاء ما ينفى عنها ذلك مما ليس له مظهر وجودى فى الخارج ، كادعاء الخطأ أو النسيان أو نية الهزل فلا يلتفت إليه وإن دلت على ذلك القرائن المصلحية ، إذ من الجائز أن يكون الملتزم غير مساير لها ولا متفق معها ، وذلك ما ذهب إليه جمع كبير من الفقهاء وعلى رأسهم الحنفية ، خلافاً لما ذهب إليه آخرون كبعض الشافعية . وهذا هو مظهر اعتماد الفقه الإسلامى على الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

٣٧٦ — ومن هذه الناحية يقترب الفقه الإسلامى كثيراً من الفقه الألمانى ذى النزعة الموضـــوعية ، ويكون من نتائج ذلك أن تكون نشأة الالتزام أو صحته منوطة بكيانه الفنى التعبيرى دون نظر إلى ما توسل به إليه من أغراض وغايات خارجة عن موضوع العقد أو الالتزام على العموم ، مما لم يشرع العقد ليكون وسيلة إليه . ومن ثم لا يكون لنظرية السبب بمعنى الباعث فيه مجال واسع ، بل تكون ضامرة ضمورها فى الفقه الألمانى .

وهو من ناحية أخرى يقوم ويؤسس على القيم الأخلاقية والآداب الدينية ، فالله تعالى يقول : « قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها ومابطن والإثم والبغى بغير الحق » ، كما يقول فى وصف الرسول الكريم « يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم » . وذلك ما يقتضيه أن يبحث عن البواعث والنوايا التى دفعت الملتزم إلى التزامه ، فيجعل ما كان منها شريفاً طيباً أساساً صالحاً لنشأة الالتزام ، وما كان خبيثاً فاسداً مبطلا له ، وعلى ذلك الأساس تجد هذه النظرية فى الفقه الإسلامى مجالا فسيحاً تزدهر فيه ازدهارها فى الفقه اللاتينى أو تزيد ، فيكون السبب بمعنى الباعث أثر ظاهر فى صحة الالتزام وفساده ، فيكون فاسداً ما كان الباعث أمراً محظوراً شرعاً .

٣٧٧ — وقد كان لهذين المنزعين أثرهما الواضح فيما ذهب إليه أرباب

المذاهب المختلفة فى الفقه الإسلامى من ناحية أن فريقاً منهم مال إلى النزعة الأولى ميلا ظاهراً وإن لم يغفل النزعة الثانية إغفالا تاماً ، ومنهم الحنفية والشافعية ، بينما مال فريق آخر إلى النزعة الثانية ميلا واضحاً وإن لم يغفل النزعة الأولى ، ومنهم الحنابلة . فنرى فيما ذهب إليه الأولون أن نظرية السبب بمعنى الباعث تختفى تحت ستار من صيغة العقد التى اعتبرت فيه مظهراً للإرادة وكاشفة عنها ، فلا يعتد فيها بالباعث على الالتزام إلا حيث يتضمنه ويدل عليه التعبير عن الإرادة ، فإن لم يتضمنه التعبير عنها لم يعتد به إلا فى حالات قليلة ولأسباب معينة . وذلك قريب جداً مما ذهب إليه الفقه الألمانى ، إذ ذهب إلى أنه لا يعتد إلا بما دلت عليه عبارة العقد من إرادة ، فالعبارة عنده صورة الإرادة أو هى الإرادة ، فإذا تضمنت الباعث كانت عنصراً من عناصر العقد بالقدر الذى تدل عليه العبارة ، وإذا لم تتضمنه كان الالتزام مجرداً فلا نبحث عنه فيما وراء العبارة ودلالتها ، وعلى ذلك يكون السبب فى هذا الفقه أمراً موضوعياً لا أمراً نفسياً وبهذا يستقر التعامل بين الناس .

وليس يراد بدلالة عبارة العقد فى هذا المذهب دلالتها بمعناها الضيق المقصور على دلالتها اللغوية الوضعية . بل يراد بها دلالتها مع ملاحظة ما انضم إليها وما صاحبها من القرائن وما لابسها من ظروف وما ألف واعتيد فى مثل هذا الالتزام ونحو ذلك مما يتبين منه القصد وتتجلى به الإرادة . وعند هذا يجب أن يكون ذلك الباعث أمراً مشروعاً لا يخل بالآداب العامة حتى يكون الالتزام صحيحاً .

٣٧٨ — ونرى فيما ذهب إليه الآخرون أن العوامل الدينية والخلقية والأدبية لها الغلبة ، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة . ويكون الالتزام فاسداً أو باطلا بعد سلامة كيانه الفنى الذى يتمثل فى العبارة المنشئة له تبعاً لما تبين من مشروعية الباعث أو عدم مشروعيته ، مما أنف بيانه فى الفقه اللاتينى .

وجملة القول إن الفقه الإسلامى لم يتجه اتجاه الفقه الغربى فيجعل السبب الباعث البعيد غير المباشر ركناً من أركان الالتزام ، ذلك لأنه أمر باطنى نفسى فلا يصح أن يكون ركناً على أى اصطلاح فى الركن فى عرف فقهاء

الشريعة ، فليس جزءاً من الالتزام نفسه على ما يرى الحنفية فى معنى الركن ، ولا يتوقف تصوره عليه على ما يرى غيرهم فيه .

وكذلك لا يصلح عند الحنفية ولا عند غيرهم أن يكون وجوده شرطاً فى الالتزام ، إذ لا يتوقف صدور عبارة الالتزام ودلالتها عليه والاعتداد بها على وجود باعث نفسى خارج عنها دفع إليها وإن قضت العادة بذلك . وإنما نيط وجود الالتزام شرعاً ووجوب تنفيذه بصدور العبارة الصحيحة فى صورتها الدالة عليها من أهلها . وذلك ما يدل عليه نصوص الكتاب والسنة بل وعامة أحكام الشريعة ، إذ تضافرت جميعها على أن العقود تنشأ وتلزم بعباراتها الدالة عليها .

أما ما يدفع إليها من غرض وقصد فخلاصة ما وصل إليه الفقهاء فى هذا : أن الملتزم إذا اتجهت إرادته من إنشاء التزامه إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض لم يكن مقصوداً للشارع من شرعه ، فقد يكون هذا الغرض مباحاً غير محظور ، وقد يكون محظوراً حرمه الشارع .

فإذا كان مباحاً لم يؤثر ذلك فى صحة الالتزام اتفاقاً ، ذلك بأن الغرض فى هذه الحال حاجة للملتزم غير محظور عليه تحقيقها ، وفى تحقيقها سداد لعوزه ومنفعة له وتوسعة عليه دون ضرر بأحد ، وذلك مطلوب وجائز له شرعاً . وقد رأى التزامه طريقاً إلى ذلك فجعله وسيلة إلى تحصيله فلا حرج عليه فى ذلك ، ولمثل هذا شرعت الالتزامات والمعاملات على العموم .

وإذا كان غرضاً محظوراً حرمه الشارع ، فإن ضمن عبارته ما يدل عليه كان التزاماً فاسداً باتفاق بين جميع الفقهاء ، لاقترانه بشرط محظور محرم . إذ يصير بذلك هذا الالتزام أمراً محظوراً حرمه الشارع ، وكل محرم باطل فاسد . وإن لم يضمن الملتزم عبارته ما يدل عليه فقد اختلف رأى الأئمة فى ذلك ، فمنهم من سوى بين هذه الحال والتى قبلها ، وهم الحنابلة ، فأبطل الالتزام ولم يرتب عليه أثراً . ومنهم من لم يسو بينهما فصحح الالتزام ، ذاهباً إلى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها نيات المتعاقدين ، فإذا عقدت فى الظاهر على وضع صحيح كانت صحيحة ولا تفسد لتوهم أو ظن يقوم بأن عاقدها قد قصد بها أمراً محرماً ، ذلك لأن صدور عبارة على وضعها الصحيح

من أهل لإصدارها يدل ظاهراً على أن إرادة صاحبها ونيته قد اتجهت إلى تحقيق الغرض الشرعى الذى قصده الشارع من شرعها ، إذ أن إقدام الإنسان على مباشرة ما جعله الشارع سبباً ووسيلة إلى مسبب معين ، دليل على إرادة تحقيق ذلك المسبب ، فلا يحكم عليه بأنه أراد خلافه إلّا إذا تضمنت عبارته ما يدل على ذلك ، وعندئذ يكون ما تضمنه شرطاً فى العقد وجزءاً من الالتزام فيفسد به . وعلى رأس هذا الفريق كما تقدم الشافعية والحنفية .

ومما ينبغى التنبيه إليه أن اعتدادهم بالباعث المحظور ليس مقصوراً على ما يكون مصرحاً به فى عبارة الالتزام ، بل يتجاوز ذلك إلى الحالات التى يكون فيها محل الالتزام أو العقد دالا عليه معيناً له ، فإذا كانت طبيعة المحل تدل على أن السبب الذى دفع إلى الالتزام غير مشروع ، كان العقد باطلا .

مذهب ابى حنيفة

٣٧٩ — فى هذا المذهب فروع كثيرة تدل على ما سبق بيانه منها : لا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهى (١) ، لأن المعصية (٢) لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الآخر شيئاً ، إذا المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما بدلا ، ولو استحق المستأجر على أجيره الغناء أو النوح أو قيامه بلهو ،استحق عليه معصية ، وكان هذا الاستحقاق مضافاً إلى الشارع من حيث إنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً .

وفى كتاب الاستحسان : إذا أخذ من قام بالغناء أو بالنوح المال من غير عقد أو شرط جاز ، ويباح ذلك لأن إعطاء المال حينئذ كان عن طوع من غير عقد (٣) ولم يكن عن التزام نظير محظور (٤) .

وفى الفتاوى الخانية : رجل استأجر فحلاليترى به (٥) لا يجوز ذلك ، ولا أجر فيه . وكذا النائحة والمغنية ، أى إذا استأجرها لتنوح أو لتغنى . أما النزاء فلنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل ، أى أخذ الأجر

(١) الزيلعى جـ ٥ ص ١٢٥ .
(٢) لا يباح سماع الغناء من الفساد ، والغناء عموما لهو ، أما النوح فهو معصية .
(٣) الزيلعى ، المرجع السابق نفس الموضع .
(٤) يعنى أنه كان هبة أو منحة .
(٥) أى لأجل النزاء على النوق وطرقها .

عليه ، وهو طرق الناقة فقد روى عنه : إن من السحت عسب التيس ومهر (١) البغى وكسب الحجام ، وذلك لأن طرق الناقة قد لا يلقح ، فكانت ثمرته غير مقدور عليها ، فلا يجوز لذلك أخذ الأجر عليه ، لما فى ذلك من الضرر ، فكان أخذ المال فى مقابل ماء مهين لا قيمة له . وأما النوح والغناء فكلاهما معصية كما تقدم .

وإن استأجر المسلم ذمياً ليبيع له الخمر أو الميتة أو الدم لم يجز (٢) ، لورود النهى عن ذلك .

وفى البدائع : ولا تجوز إجارة الإماء للزنا لأنها إجارة على المعصية (٣) ، وفيها : لو اشترى ديكاً على أنه مقاتل ، أو قمرية على أنها تصوت ، فالبيع فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهى إحدى الروايتين عن محمد ، لأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهى محظور ، فكان ذلك شرطاً محظوراً ، فيوجب فساد البيع . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لأن الغناء صفة محظورة ، لكونه لهواً ، فشرطه فى البيع يوجب فساده ، ولكن إذا اشترط ذلك إظهاراً لعيبها قصداً إلى البراءة منه جاز البيع ولا خيار له ، وجدت كذلك أم لا (٤) . فهذه الفروع كلها تدل على أن محل العقد يجب أن يكون مشروعاً وذلك فى معنى ما يذكره القانونيون من أن السبب القصدى يجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب .

وجاء فى مختصر الطحاوى (٥) : ومن كان له عصير فلا بأس عليه فى بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال فبيعه حلال ، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشترى فيها ، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمناً أن يتخذه المشترى خمراً ، فالبيع فى هذه الحال صحيح ولو اتخذه المشترى بعد ذلك خمراً (٦) .

(١) أجر .
(٢) الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٣٢٤ .
(٣) البدائع جـ ٤ ص ١٩٠ .
(٤) البدائع جـ ٥ ص ١٦٩ .
(٥) ص ٢٨٠ .
(٦) وقياساً على هذا نرى أن إيداع المال فى المصرف يكون محظوراً إذا قصد المودع—

وقد يرى أن فيما ذهب إليه الإمام من القول بصحة زواج المحلل عند تضمن الصيغة ما يدل على الغرض منه ، وهو إحلال الزوجة لزوجها السابق الذى طلقها البتة ، مناقضة للمبدأ السابق ، فقد ذهب إلى أن النكاح صحيح ويفسد ما اقترن به من شرط ، بناء على أن النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة ، وإلى هذا ذهب أيضاً محمد وإن رأى أن هذا النكاح لا يترتب عليه مع ذلك حل المرأة لمطلقها ، معاملة للزوج الثانى بنقيض قصده، خلافاً لأبى يوسف الذى جرى على الأصل فأفسد النكاح فى هذه الحال ، وهو قول عند الشافعية. كما أفسده المالكية والحنابلة وإن لم تتضمن صيغته ما يدل على الغرض منه .

٣٨٠ – ولكن قد يدفع هذا أن أبا حنيفة حين ذهب إلى صحة زواج المحلل أبطل الشرط وما دل عليه ، وجعله كأن لم يكن ، وصار العقد كالخالى منه ، وبذلك لم يصر العقد وسيلة إلى محظور ، ثم قيل إلى هذا إن العاقد لم يقصد فيه محظوراً قصداً مباشراً ، لأن الذى قصد إليه قصداً مباشراً هو حل الزوجة لمطلقها ، وهذا أثر من آثار العقد ومن مقتضياته شرعاً ، وهو فى ذاته غير محظور ، فلا يكون بمجرد القصد إليه محظوراً ، ولكن الحظر جاء من ناحية دلالته على إرادة الفرقة وعدم استدامة النكاح ، وهذا هو المحظور ، ولم يقصد إليه المتزوج مباشرة وقد يقدم عليه فلا يفارق ، فلم يتمحض العقد وسيلة إلى الحرام ، وإن كان العقد لما ذكر عقداً مكروهاً لذلك، ولما وصف به الرسول صاحبه ، إذ وصفه بأنه التيس المستعار . غير أنه إذا قبل إن إرادة المحظور من العقد لا تؤثر فى العقد إذا احتمل ألا يجعله العاقد وسيلة إليه لزم القول بصحة عقود تضمنت عباراتها ما يدل على الغرض المحظور منها بجواز أن العاقد قد يعرض بعد تمامها عن هذا الأمر المحظور أو لا يقدم عليه (١) .

مذهب الشافعى

٣٨١ – أما الشافعية فقد كانوا فى ذهابهم إلى هذا الأصل أوضح بياناً وأشد عارضة وأقوى احتجاجاً ، ولعل من أوضح ما يدل على ذلك ماجاء

= إلى إقراضه بالربا . أما إذا كان القصد هو استغلال المصرف المبلغ المودع فى أعمال تجارية فإنه لا يكون محظوراً لأنه ليس إعانة على المحظور ، وليس المودع مكلفاً بتحرى وجوه الاستغلال .

(١) الأستاذ على الخفيف ، المرجع السابق ص ٩٨ .

فى الأم (١) : أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته لصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أن يعصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً ، وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد عليه النكاح ، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد (٢) .

ويعزو ابن القيم إلى الشافعى فى كتابه أعلام الموقعين (٣) أن هذه العقود التى لم يشترط المحرم فى صلبها ، عقود صدرت من أهلها فى محلها مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحل العقد قابل لحكمه ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ولا تأثير له فى بطلان الأسباب الظاهرة . وقد جرى الشافعى فى فروعه وتطبيقاته على أصله هذا (٤) .

مذهب أحمد

٣٨٢ – ذهب الحنابلة إلى إبطال كل عقد تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم ، سواء تضمنت صيغته ما يدل عليه أو لم تتضمنه وكان أمراً باطنياً معنوياً وإن جاز ألا يكون أو أن يتبدل . ذلك لأنه قد اتخذ وسيلة إلى أمر غير مشروع ولم يجعله الشارع وسيلة إلى محظور ، وفى تصحيحه إعانة على المعصية ، والإعانة عليها بأى طريق أمر محظور . ولا يحتج بسلامة العبارة وخلوها مما يدل عليها ، فإن الوصول إليها بطريق الغش والخديعة وعلى وجه الخفاء قد يكون أشد نكراً وأعظم إثماً من الوصول إليها بطريق ظاهر علنى ،

(١) جـ ٣ ص ٧٥ .

(٢) أى فى عبارته .

(٣) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٧٢ وما بعدها .

(٤) وهو أنه لا يستطيع مخلوق بالنية والإرادة أن يغير ما رتبه الشارع وما عقد الملازمة فيه بين شىء وشىء .

لأن الأمر المعلن الظاهر قد يمكن تداركه وتلافيه والجبر منه ، بخلاف الأمر الخفي . وقد تضافرت أدلة الشريعة وقواعدها على أن القصود فى العقود معتبرة ، وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حله وحرمته ، كما أثرت فى الفعل الذى ليس بعقد ولا إلزام فيكون حلالا أو حراماً تبعاً لاختلاف النية والقصد منه ، كما قد يعد صحيحاً تارة وفاسداً تارة أخرى بناء على ذلك ، كذبح الحيوان يكون حلالا إذا ذبح باسم الله ويحرم إذا ذبح باسم الصنم ، وغير ذلك مما يماثله كثير . وقد قال الرسول : « وإنما لكل امرىء ما نوى » . وهذا عام يعم العبادات والمعاملات والأقوال والأفعال . وهو دليل على أن من نوى بالبيع رباً فقد قارف الربا ، وليس يعصمه منه صورة البيع . ومن نوي بالزواج التحليل كان تيساً مستعاراً كما دل على ذلك الحديث ، ولا يبعده من ذلك صورة عقد الزواج . إذ ليس الشأن للأسماء وصور العقود ، وإنما الشأن لحقائقها ومقاصدها وما عقدت له . وما مثل من وقف عند الظواهر والصور والألفاظ ولم يراع المقاصد والمعانى ، إلا كمثل رجل أمر بألا يسلم على صاحب بدعة فذهب إليه فقبل يده ورجله ولم يسلم عليه (١) .

مذهب مالك

٣٨٣ — مذهب المالكية أقرب إلى مذهب الحنفية والشافعية من ناحية الصناعة الفقهية ، إذ أنهم يرون رأى هؤلاء فى صحة الالتزام إذا لم تتضمن عبارته ما به يفسد ، وإن كانوا لا يجوزون استدامة آثاره لما يترتب عليه من آثام ومفاسد ، فيجبر المتملك فى مذهبهم على أن يخرج من ملكه ما تملكه أو ينتقض العقد ويفسخ على الخلاف فى ذلك عندهم (٢) . جاء فى المدونة (٣) :

قال مالك : لا يعجبنى . . . أن يبيع الرجل شاته من المشركين إذا علم أنهم إنما يشترونها ليذبحوها لأعيادهم ، ولا أن يكرى دابته منهم إذا علم أنهم يكرونها ليركبوها إلى أعيادهم . وإذا آجر المسلم نفسه أو غلامه أو دابته

(١) أعلام الموقعين مع تصرف .

(٢) ثمة رأى غير مشهور بفسخ العقد فى جميع العقود سواء أكانت منتشرة أم لا — ويقول ابن رشد إنه إذا لم يكن البائع يعلم لم يفسخ العقد ، وإن كان يعلم فسخ .

(٣) المدونة ١١ ص ٦٣ و ص ٦٦ — ٦٧ (بتصرف) .

أو داره أو شيئاً مما يملكه فى شىء من الخمر كحملها أو عملها أو حفظها ، كانت الإجارة باطلة . والإجارة على القتل أو على الضرب أو على مالا يجوز ، غير جائز . وفى مواهب الجليل لأبى عبد الله محمد الحطاب : ويحرم بيع الحربيين آلة الحرب من سلاح وكراع أو سروج أو غيرها مما يتقوون به فى الحرب من نحاس وغيره . قال أبو إسحق : فإن بيع منهم(١) ذلك بيع عليهم جبراً على قياس قول ابن القاسم فى بيع المصحف من الكافر : وكذا يحرم بيع الدار وكراؤها لمن يجعل فيها الخمر .

وفى المدونة : وكذا بيع العنب لمن يعصره خمراً على أحد قولين ، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين وإثارة الفتنة بينهم . كما لا يجوز فى مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتساهلون فى الفساد وعدم الغيرة وهم آكلون للحرام ويطعمونها منه (٢) .

وفى الخرشى : ويلحق بمنع بيعه . . . كل شىء يعلم أن المشترى قصده بشرائه أمراً لا يجوز . . . والحكم فى الجميع الجبر على الإخراج من غير فسخ على مذهب المدونة . وإذا كان العقد إجارة فسخت (٣) .

وفى الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه (٤) : ويمنع بيع كل شىء علم أن المشترى قصد به أمراً لا يجوز . . . ويجبر على إخراج ذلك من ملكه ولا يفسخ البيع ، وهذا هو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب المدونة ، ومقابله أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً .

وقال ابن رشد : والخلاف فى هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشترى يفعل ذلك ، أما إذا لم يعلم ثم ظهر أنه يفعل ذلك فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف . ولكن يجبر المشترى على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه .

خلاصة

٣٨٤ — خلاصة محصل ما تقدم أنه إذا كانت دلالة القرائن تساعد دلالة العبارة وتفصح عنها ، يحتفل بها الحنفية والشافعية ، أما إذا لم تكن فإنهم لا يحفلون بها . أما الحنابلة فيعنون بدلالة الملابسات والظروف وإن كانت

(١) أى لهم .

(٢) جـ ٤ ص ٢٥٣ — ٢٥٤ .

(٣) جـ ٥ ص ١١ .

(٤) جـ ٣ ص ٧ .

مستقلة عن دلالة العبارة ، وذلك لمعرفة ما قد يستتر فى النفس ويخفى من وجود باعث محظور ، فيبطل الالتزام حينئذ . ووقف المالكية مذهباً وسطاً يقربهم من مذهب الحنفية والشافعية وإن اختلفوا معهم فى النتائج ، فهم يحتفلون بالعبارة ودلالتها مثل الحنفية والشافعية ، ولكنهم لا يكتفون بأن العبارة لا تتضمن أمراً محظوراً ، وإنما ينقبون عن الظروف والملابسات ، لا لإبطال الالتزام ، وإنما لقطع آثاره ، فإذا كان الالتزام مستمراً كالإجارة ، ينهون العقد ويبطلونه ، وإن كان يفيد الملك أجبر المتملك على إخراج ما تملكه ، ولا يفسخ العقد على المشهور من مذهب مالك ، وهو مذهب المدونة .

ومما لا شك فيه أن الحكم بالإجبار على الإخراج من ملك المتملك يدل على أن أصحاب هذا الرأى يرون أن العقد وقع صحيحاً مع عدم مشروعية الباعث عليه ، وذلك ما ذهب إليه الشافعية وأبو حنيفة بدليل ما ذكروه من إجبار المتملك على بيعه أو هبته ، وذلك لا يكون إلا عن ملك ثبت له بذلك العقد الذى كان الباعث عليه غير مشروع ، وهذا بخلاف ما ذهب إليه الحنابلة من عدم صحة هذا العقد .

وعلى هذا يكون مذهب المالكية متفقاً مع مذهب الشافعية وأبى حنيفة فى القول بصحة هذه العقود لسلامة عبارتها على القول المشهور . أما الإجبار على الإخراج فلمنع فساد يترتب عليها وهو عند المالكية من باب سد الذريعة ولا صلة له بصحة العقد ولا ببطلانه .

أما الحكم بفسخ هذه العقود فهو محل نظر ، فقد عبرت المدونة فى بعضها ، وهو عقد الإجارة ، بأن الإجارة باطلة ، كما عبرت أيضاً فيها وفى غيرها بأنها غير جائزة ، وعبر غيرها فى مثل ذلك بأنه يفسخ ، فإن قصد بعدم الجواز فى هذه المواضع الفسخ (١) ، فإن الفسخ لا يكون إلا فى إجارة منعقدة ، وذلك يدل على أن المالكية يرون أن العقود التى دفع إليها أمر غير مشروع عقود صحيحة منعقدة ، وإن وصفت بالكراهة والحرمة من ناحية أنها عمل محظور صدر من مكلف ، أما آثارها فقد ترتبت على أسبابها .

(١) أى الإبطال وليس البطلان .

ومن هنا يبين أن المالكية يرون رأى الشافعية فى هذه العقود ، لا كما ذهب إلى خلاف ذلك بعض الكاتبين الذين اشتبه عليهم ما جاء على لسان الشاطبى مما يدل على أنهم يرون بطلان ما دعا إليه أمر غير مشروع ، فإن ذلك خاص بالعبادات لا بالعقود ، وقد ألحقوا عقد الزواج بالعبادات لما يترتب عليه من الحل والحرمة بالنسبة للوقاع ، فنصوا على أن نكاح المحلل فاسد ، وهو من قصد التحليل لغيره ، وفرعوا على ذلك بأن من تزوج امرأة بنية إحلالها لمن بت طلاقها ولو نوى مع ذلك إمساكها إن أعجبته فإن نكاحه يفسد ولا يترتب عليه حل (١) .

علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور فى العقد

٣٨٥ ـ علمنا أن السبب غير المشروع إذا لم يذكر فى العقد لا صراحة ولا ضمناً فإن الحنابلة يعتدون به ولكن بشرط أن يكون معلوماً من الطرف الآخر ، كما يتبين ذلك من النصوص المنقولة عن الحنابلة من أنهم لا يرون فسخ العقد عند ما يكون سببه المحظور غير مذكور فيه إلا إذا كان الطرف الآخر على علم بذلك . فى المغنى فى بيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل ، وبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم وكرهه الشافعى ، وذكر أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمراً فهو محرم ، وإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع أن قصد المشترى ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك كما قدمنا . فإذا كان الأمر مجهولا مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله فالبيع جائز . والنصوص الدالة على هذا عديدة (٢) ويكفى فى ذلك أن يكون الطرف الآخر بحيث ينبغى أن يعلم بذلك الباعث حتى ولو لم يكن عالماً به فعلا ، وهذا ما يستفاد من بعض المسائل والفروع ، وأكثر ما يقع ذلك فى التبرعات ، فإذا أهدى المقترض إلى المقرض شيئاً قبل الوفاء حمل ذلك على الربا فلا يصح الإهداء ، وإذا أهدى العمال لرؤسائهم أو المتخاصمون للقضاة هدية حمل ذلك على الرشوة ، فقد جاء فى قواعد ابن رجب الحنبلى (٣) : هدية المقترض

(١) الشرح الكبير للدسوقى جـ ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) وهذا هو معنى الفقه الوضعى الحديث فى نظرية السبب .

(٣) ص ٣٢١ – ٣٢٢ .

للمقرض قبل الأداء لا يجوز قبولها ممن لم تجر له منه عادة بذلك ، ومن ذلك هدايا العمال للأمير والهدية للقاضي ممن لم تجر له عادة بالإهداء إليه .

السبب في الارادة المنفردة في الفقه الاسلامي

٣٨٦– إذا كان الالتزام انفرادياً ، فالعبرة أيضاً بعبارته عند فقهاء الإسلام ، فهو صحيح سليم ما كانت عبارته سليمة لم تتضمن ما يدل على غرض محظور بعث عليه ، وذلك هو ما ذهب إليه جمهورهم على ما قدمنا في العقود ، أما ما خفي من البواعث والأغراض المحظورة مما لم تتضمن عبارته ما يدل عليها فلا ينظر إليه ، ولا يبحث عنها في محيط القرائن والظروف لما قدمنا .

ويقتضي ما ذهب إليه بعض الحنابلة من أصول ومبادىء في هذا الصدد ، كابن تيمية وابن القيم ، الاعتداد بالبواعث المحرمة المحظورة التي تدل عليها القرائن والملابسات . فلا يجوز أن ينعقد معها الالتزام لأنه سعى إلى محرم ووسيلة إلى اقتراف محظور ، فيكون محرماً محظوراً ، لأن ما يؤدي إلى المحرم محرم أو محظور ، وكل محرم أو محظور باطل لا يقره الشارع .

وذلك ما أخذ به قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في الفقرة الأولى من مادته الثالثة التي تجرى بأن « يشترط في الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث [1] عليها منافياً لمقاصد الشرع » . وتعويلا على ذلك إذا ما صدرت وصية وجب البحث فيها عن العوامل النفسية التي دفعت الموصي إلى الإيصاء بما أوصى به ، وذلك بالنظر فيما اشترطه فيها الموصي ، وفيما صدر عنه من أقوال ، وما إلى ذلك مما تتكشف به نواياه وأغراضه . فإذا تبين أن السبب الذي دفعه إلى الإيصاء غير مشروع ومناف لمقاصد الشارع كانت الوصية باطلة ، والمعول عليه هو الباعث الرئيسي الذي كان له التأثير ابتداء دون البواعث التبعية الثانوية ، إذ قد تتعدد البواعث والدواعي . فإذا أوصى شخص إلى خليلة وتبين أن الباعث على الوصية هو إيجاد علاقة غير شريفة بينهما أو استدامتها أو إعادتها بعد انقطاعها ، كانت الوصية باطلة ، لأن الباعث عليها محظور . وكذلك إذا تبين أن الموصي لا يبغي بوصيته إلا الإضرار

(١) والمراد بالباعث كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ، السبب الذي دعا الموصي ودفعه إلى إصدار وصيته « السبب الرئيسي » .

بورثته فإن وصيته تبطل لأن الإضرار بالورثة أمر محرم محظور . وقد استمد الشارع المصري هذا الحكم مما ذهب إليه بعض الحنابلة على ما أوضحنا .

٣٨٧– أما إذا تضمنت عبارة التبرع والالتزام ما دل على أن الباعث عليه أمر محظور ، فقد يكون مقتضى ذلك أن يتمحض الالتزام شراً فيكون محظوراً بجميع أجزائه ، وفي هذه الحال لا ينشأ الالتزام اتفاقاً ، ويكون التزاماً باطلا ، لأنه التزام محرم وكل محرم باطل ، وعلى ذلك كانت اليمين على اقتراف حرام غير ملزمة ، كمن حلف ليقتلن فلاناً أو ليحرقن داره ، ويحرم على الحالف أن يبر بها ، ويجب عليه الحنث ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفرن عن يمينه » [1] ، وإذا كان هذا هو الحكم عند ما يرى الحالف أن ما حلف عليه غيره خير منه ، فكيف إذا كان ما حلف على فعله شراً محضاً ؟ .

وكذلك النذر يكون باطلا إذا كان بمعصية أو تصدقاً بمال الغير لحديث « لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم » [2] . وكذلك الوقف على أندية القمار فهو وقف باطل لأنه وقف على معصية [3] ، ومثله الوصية لجهة محظورة كالوصية للبيع [4] ومعابد الوثنين والوصية بمال ليشترى به خوراً [5] . والجعالة على فعل محرم كالقتل أو شرب الخمر ، كأن يقول ، من قتل فلاناً فله كذا ، أو من شرب هذه الكأس من الخمر فله كذا أو نحو ذلك .

فهذه كلها التزامات ينهى عنها الشارع ويكرهها ولا يقرها لأنها شر محض ليس فيها للخير جانب ينظر إليه فكانت باطلة اتفاقاً لا يترتب عليها أثر .

(١) رواه البخاري ومسلم – متفق عليه .

(٢) أنظر ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٠ و ٦٨ – نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٧٠ – كشاف القناع جـ ٤ من كتاب النذر .

(٣) أحكام الأوقاف للأستاذ مشرف ص ٣٧ .

(٤) البيع هي معابد اليهود .

(٥) المغني جـ ٦ ص ٢٣١ – نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١ – الدردير جـ ٤ ص ٤٢٧ – تحرير الأحكام جـ ١ ص ٢٩٢ – البحر جـ ٨ ص ٦١٧ .

٣٨٨ – أما إذا تضمنت عبارة الالتزام أمراً محظوراً بجانب أمر ليس بمحظور فكان التزاماً مشوباً بالحظر فى بعض نواحيه دون بعضها الآخر وذلك بسبب إشراك جهة محظورة مع أخرى غير محظورة ، أو بسبب اشتراط شرط محظور ينهى عنه الشارع ، فى مثل هذه تختلف آراء الفقهاء . فإذا جمع إنسان فى وصيته بين من تصح له الوصية ومن حرم الشارع أن يوصى له ، صحت الوصية بالنسبة إلى من تصح الوصية له ، وبطلت بالنسبة لمن لا تصح له الوصية ، إذ لا يضير تجزئتها لأن الوصية لها تعد كالوصيتين لكل من الجهتين وصية ، ولا يضير فيها تفريق الصفقة . ومن الحنابلة من ذهب إلى أن الوصية لهما جميعاً تبطل ، وذلك لعدم صحة الوصية لمن لا تصح له الوصية وعدم صحة الوصية للجهة الأخرى حينئذ لتفريق الصفقة .

وإذا شرط فى الوصية شرطاً محظوراً بطلت عند الحنابلة والمالكية والشافعية فلا يترتب عليها أثر متى توفى الموصى مصراً عليها . وذهب الحنفية إلى أن الشرط يبطل ويلغو وتصح الوصية مجردة عن الشرط .

فإذا أوصى بغلة داره لفلان على ألا يتزوج أبداً صحت الوصـــية ، وكان له كل الغلة ولا تبطل وإن تزوج ، وقد أخذ بذلك قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ مشترطاً ألا يكون هذا الشرط قد دل على أن الباعث على الوصية أمر محظور ، فإن دل على ذلك بطلت الوصية (١) .

وكذلك إذا شرط فى وقفه شرطاً محظوراً فإن الشرط يبطل ويصح الوقف إذا كان للوقف مصرف معتبر شرعاً بعد إبطال ذلك الشرط ، كأن وقف على فلان بشرط ألا يتزوج ، فإن الوقف يصح ويبطل الشرط عند الحنابلة (٢) .

ومن الفقهاء من يصحح الشرط بناء على أنه جعل الاستحقاق عند تحقق هذا الشرط ، فإذا لم يتحقق لم يستحق لعدم تحقق سبب الاستحقاق ، إذ لا يقدح فى سببيته بعد أن جعل سبباً كونه محظوراً ما دام أن الاستحقاق الباعث على الالتزام غير محظور ، وإلى هذا ذهب الحنفية .

---

(١) م ٣ و ٤ من القانون .

(٢) بهذا أخذ قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ .

خلاصة

٣٨٩ – من هنا يظهر أن رأى الفقهاء فى الالتزام الانفرادى (١) كرأيهم

---

(١) امتد الفقه الإسلامى منذ نشأ بالإرادة المنفردة واعتبرها مصدراً للالتزام ، حالة أن هذا المبدأ لم يعرفه أو لم يقره الفقه الغربى إلا فى عصوره المتأخرة ، ولم يكن هذا التطور مع ذلك إقراراً إجماعياً بين علمائه كما حدث فى الفقه الإسلامى منذ البداية ، ومجالها فى الفقه الإسلامى أوسع منه فى القوانين الوضعية ، فقد جعلها الفقه الإسلامى مصدراً للالتزام بالإسقاط كما فى إسقاط حق الشفعة وحق الخيار والحقوق الشخصية بما فيها الديون ، وإسقاط الملكية كما فى الوقف والعتق والتنازل عن الملكية عند بعض الفقهاء أو عن حقوق الارتفاق . كما اعتبرها مصدراً للالتزام فى غير هذه الحالات مثل النذر والكفالة والحوالة فى بعض صورها واليمين والطلاق والإجازة والرجعة والتفويض فى الطلاق .

ويلاحظ أن الالتزام الذى ينشأ بالإرادة المنفردة فى الفقه الغربى ، التزام لا يقبل الفسخ ولا الرجوع فيه . أما الالتزام فى الفقه الإسلامى فلا يراد به إلا إيجاب الإنسان على نفسه عمل شىء أو إتيان معروف أو الكف عن عمل أو التنازل عن حق سواء كان ذلك أمراً باتاً لا يملك الملتزم أن يعدل عنه ، أو غير بات بحيث يصح له الرجوع فيه ، فالهبة والوصية كلاهما ضرب من الالتزام بهذا المعنى فيصح للملتزم بهما أن يعدل عن الوصية وأن يرجع فى هبته فى بعض الأحوال ، وكذلك كل من العارية والرهن والجعالة على تفصيل فى ذلك واختلاف فيه .

أما النذر والكفالة والحوالة والعتق والإبراء وغيره من الإسقاطات فهى التزامات لا يملك الملتزم بها أن يرجع فيها .

وأكثر المالكية يعتبرون الإرادة المنفردة على الجملة مصدراً للالتزام فى الأموال وإسقاط الحقوق . أما غيرهم من الفقهاء فلا يعتبرونها مصدراً للالتزام إلا فيما نص عليه الشارع ، وعلى ذلك يكون هذا المذهب متفقاً فى المبدأ مع ما جرى عليه التشريع والقضاء حديثاً ، وإن اختلف معه فى التطبيق والتفريع .

فإذا سحب إنسان سنداً من مصرف لحامله ، فإن لحامله الحق فى استيفاء قيمته من ساحبه وليس لالتزامه مصدر حينئذ إلا إرادته المنفردة ، فبإرادته المنفردة صار مدينا لحامل السند بقيمته تؤخذ منه أو من تركته بعد وفاته .

– وقد جاء فى نظرية العقد للدكتور السنهورى أن المادة ٧٩٤ من القانون الألمانى قد نصت على أن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به حتى لو سرق أو ضاع أو تبادلته الأيدى رغم إرادته بأى شكل كان ، فإن ذلك لا يخل بالتزامه ويبقى السند حافظاً لقوته القانونية ولو مات من صدر منه السند أو فقد أهليته قبل التعامل به .

ورد هذا إلى قاعدة من قواعد الفقه الإسلامى يحول دونه عدم تعيين حامل السند عند عدم تعيينه . أما عند تعيينه فليس ما يمنع أن يكون هذا الالتزام من قبيل العدة التى يراها بعض المالكية ملزمة لصاحبها فيكون سحب السند وعداً ملزماً للساحب بأن يوفى حامله ما التزم به فيه وليس له أن يعدل عن ذلك .

فى العقد على الجملة بالنسبة إلى الباعث ، غير أنه يلاحظ أن ما أشاروا إليه فى العقد من وجوب علم الطرف الآخر بالباعث على الوضع الذى أنف ذكره لا يشترط أولا يتصور اشتراطه فى الالتزام الانفرادى ، لأنه إنما يكون من طرف واحد وليس له طرف آخر تتوقف عليه نشأته . ولكن يلاحظ على ذلك أن هذا الالتزام إذا ما كان موجهاً إلى شخص معلوم لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم بذلك الباعث وإن لم يكن عالماً به فعلا كما قدمنا ، وذلك بناء على ما يصاحب هذا الالتزام من ظروف وملابسات ، كالإهداء من عامل إلى رئيسه أو من مقترض إلى مقرضه بدون سابقة عادة بذلك . كما يرى أن المالكية لم يخالفوا الحنابلة فى إبطال الالتزام الانفرادى إذا كان الباعث عليه محظوراً وإن لم يكن فى العبارة ما يدل عليه وذلك على خلاف رأيهم فى العقد ، لأنهم رأوا أن الالتزام فى هذه الحال يتبع الباعث عليه فى الحظر فيكون كذلك محظوراً والالتزام بالمحظور باطل .

العقد فى الفقه الاسلامى

٣٩٠ – العقد فى الفقه الإسلامى هو الربط بين الإيجاب والقبول ، وإذا وجدت الأركان والمحل الصالح وتحقق معنى العقد ، تحقق الارتباط (الانعقاد) بين العاقدين بتوافق إرادتيهما وعبارتيهما . وذهب الحنفية إلى أن العقد من جهة ما يكون له من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود تترتب عليه آثاره أو لا تترتب ، أو من قوة مازمة لعاقديه أو غير ملزمة ، ينقسم ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل . ويريدون بالعقد الصحيح ، ما كان سببه صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه ، وهو إنما يكون كذلك إذا تحقق معناه وسلم محله وركنه ، وذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه ، وصادرة من أهل له ، فى محل قابل لحكمه ، ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهياً عنه شرعاً . فإن كان العقد بيعاً لزم لصدوره صحيحاً أن يباشره شخصان مميزان بإيجاب وقبول متوافقين ، دالين على إنشائه ، فى محل قابل لحكمه ، وهو المال المتقوم ، ولم يقترن به توقيت ولا جهالة فى المبيع ولا عدم تقوم فى الثمن ، ولم تلابسه جهالة فاحشة ، ولم يصاحبه ما يوجب غرراً أو يفضى إلى نزاع ، أو يؤدى إلى فقد شرط من شروط صحته ، ولا غير ذلك مما جعله الشارع سبباً للنهى عنه .

ومن هذا يبين أن العقد لا يكون صحيحاً لسبب من سببين :

الأول : عدم وجوده شرعاً لعدم وجود بعض أركانه ، أو لعدم وجود محله ، أو لانتفاء معناه .

الثانى : عدم سلامته من صفة كرهها الشارع فيه فنهى عنه لأجلها .

العقد الباطل

٣٩١ – فإذا كان السبب الأول كان العقد باطلا عند الحنفية ، وإذن فهم يعنون بالباطل غير المنعقد ، والبطلان أو عدم الانعقاد شرعاً لا ينافى أن يكون للعقد صورة فى الخارج ، وهو ما يسمى بالوجود الحسى ، ولذا لا يصلح لأن يترتب عليه أثر لأنه معدوم شرعاً ، والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر .

العقد الفاسد

٣٩٢ – وإذا كان السبب الثانى كان العقد فاسداً عند الحنفية ، وهو عندهم عقد موجود فى الخارج بوجود أركانه ومحله ، وتحقق معناه وإرادة إنشائه والرغبة فى آثاره ، ولكن لزمه وصف منهى عنه ، كتأجيل الثمن فى عقد البيع إلى أجل مجهول مما يؤدى إلى النزاع ، ومن ثم كان العقد على هذا الوجه منهياً عنه من الشارع ولا يقره لوجود هذا الوصف فيه ، ولهذا أمر بعدم إنفاذه ، وجعل إنفاذه معصية تستوجب الإثم ، وأوجب على المتعاقدين رفعه وفسخه وإلا قام بذلك القضاء جبراً عنهما إذا ما رفع إليه الأمر . وإذن ففى العقد الفاسد ناحيتان : إحداهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع ، وهى ناحية أصله « أركانه ومحله » ، وثانيتهما معيبة غير مشروعة للنهى عنها ، وهى ناحية صفته التى وجد عليها ، ولذلك قيل فى تعريف الفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه . وقيل فى تعريف الباطل : ما لم يشرع أصلا لا بأصله ولا بوصفه . وقيل فى تعريف الصحيح : ما شرع بأصله ووصفه .

أقسام العقد عند الجمهور

٣٩٣ – ذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أن العقد ينقسم قسمين فقط : صحيح وباطل ، أو صحيح وفاسد ، فلا فرق فى المعنى بين الباطل والفاسد فهما عندهم مترادفان . ويعنون بالصحيح ما استكمل جميع أركانه وشروطه على

وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه فعلا ، وبالباطل أو الفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسباب ، سواء أكان ذلك السبب راجعاً إلى أركانه أم إلى أوصافه ، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية ، ولم يرتب الشارع عليه آثاره بسبب ذلك ، كبيع الصبي المميز وصيته وبيع الفضولي والسفيه ، فكلها عقود باطلة أو فاسدة ، على معنى الفساد عندهم لا تصححها إجازة صاحب الولاية عليهم .

الغلط في العقد

٣٩٤ — الغلط إما أن يكون باطنياً ، بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد ، وعليها أنشأ عقده ، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئاً يدل على قيامها بنفسه وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها . وإما أن يكون مادياً ، وذلك بأن تحوى صيغة العقد ما يدل على وجود تلك الفكرة ، وعلى أن العقد نشأ بناء عليها .

والغلطُ الباطني لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام ، على التفصيل الذى أوضحناه عند الكلام عن الباعث والسبب فى الفقه الإسلامى ، لأن العبرة فى العقود عندهم بالعبارة دون النوايا التى لم يدل عليها دليل كما قدمنا . والغلط المادى إذا خالط العقد أثر فى الرضا بوجه عام لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان ، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتبين توافر الرضا عنه ، لأن العاقدين قد ارتضيا وضعاً خاصاً هو الذى دلت عليه الصيغة لا ما وجد ، وهذا النوع من الغلط قد يترتب عليه ضياع حقيقة العقد فلا توجد معه إلا صورته ، وحينئذ يكون عقداً باطلا ، لا يترتب عليه أى أثر . وقد لا يترتب عليه ضياع الحقيقة ولكن زوال بعض أحكامه ، وعند ذلك يكون صحيحاً .

فإذا حصل الغلط فى محل العقد نفسه ، ترتب عليه بطلان العقد ، لأنه غلط تبين منه أن محل العقد معدوم ، وإذا انعدم المحل بطل العقد ولم يوجد عقد محله الشيء المغلوط فيه . وإذا حصل الغلط فى أوصاف المحل ، كان العقد صحيحاً لأن العقد الذى نشأ محله موجود ولكنه على خلاف ما وصف به ، فكان ذلك غير لازم وكان للمشترى حق فسخه لفوات الوصف إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع ، أما إذا كان لا يقبل الفسخ كالنكاح ، لم يكن

لمن حصل الغلط فى ناحيته حق الفسخ لوقوعه صحيحاً لازماً عند الحنفية ، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب . وقال أحمد بن حنبل : له فى هذا حق الفسخ أيضاً [1] .

٣٩٥ — ومن ذلك يبين أن تأثير الغلط فى العقد ، يرجع إلى ما يترتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف ، وعلى حسب ما يترتب عليه من ذلك يكون الحكم على العقد فيحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد ، ويحكم عليه بغيره كعدم اللزوم [2] إن فات به من الشروط والأوصاف [3] ما لا يقتضى زواله البطلان وإنما يقتضى عدم لزومه مثلا .

---

(١) أنظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية « العقد » للأستاذ على الخفيف ١٩٥٤ ص ١١٧ — ١١٨ .

(٢) ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى موقوف ونافذ ، ومعنى نفاذه أنه يستتبع آثاره فتترتب عليه ، ومعنى وقفه أنه لا يترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يقر الشارع وجوده ، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته عن له حق مباشرته . والعقد النافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم ، وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز . ويراد بالعقد اللازم ما لا يستقل بفسخه أحد طرفيه ، كالبيع والإجارة والنكاح والخلع والحوالة . ويراد بغير اللازم أو الجائز ما يستقل أحد طرفيه بفسخه ، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيصاء والعارية والوديعة .

وهذا النوع قد يكون غير لازم لذاته بالنسبة لطرفيه ، كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازماً بالنسبة إلى الآخر كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن غير لازم بالنسبة إلى المرتهن الذى له أن يستقل بفسخه ، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يبرىء منها .

ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الرفع على أية حال كالخلع ، ومنها ما يقبل الفسخ بتراضى طرفيها ، وهذه هى عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، ومنها ما يصير غير لازم بالشرط .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى بالعيب الخفى ، إلا أنه لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفياً ، بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لضمان البائع متى قام المشترى بإخطاره سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لا يستطيع — نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٧٠ س ٢١ ص ٧٩٦ — ونقض ١٥ مايو سنة ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٧٩٦ .

وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه فعلا ، وبالباطل أو الفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسباب ، سواء أكان ذلك السبب راجعاً إلى أركانه أم إلى أوصافه ، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية ، ولم يرتب الشارع عليه آثاره بسبب ذلك ، كبيع الصبي المميز وصيته وبيع الفضولي والسفيه ، فكلها عقود باطلة أو فاسدة ، على معنى الفساد عندهم لا تصححها إجازة صاحب الولاية عليهم .

الغلط في العقد

٣٩٤ — الغلط إما أن يكون باطنياً ، بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد ، وعليها أنشأ عقده ، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئاً يدل على قيامها بنفسه وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها . وإما أن يكون مادياً ، وذلك بأن تحوى صيغة العقد ما يدل على وجود تلك الفكرة ، وعلى أن العقد نشأ بناء عليها .

والغلط الباطني لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام ، على التفصيل الذى أوضحناه عند الكلام عن الباعث والسبب في الفقه الإسلامي ، لأن العبرة في العقود عندهم بالعبارة دون النوايا التي لم يدل عليها دليل كما قدمنا . والغلط المادى إذا خالط العقد أثر في الرضا بوجه عام لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان ، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتبين توافر الرضا عنه ، لأن العاقدين قد ارتضيا وضعاً خاصاً هو الذى دلت عليه الصيغة لا ما وجد ، وهذا النوع من الغلط قد يترتب عليه ضياع حقيقة العقد فلا توجد معه إلا صورته ، وحينئذ يكون عقداً باطلا ، لا يترتب عليه أى أثر . وقد لا يترتب عليه ضياع الحقيقة ولكن زوال بعض أحكامه ، وعند ذلك يكون صحيحاً .

فإذا حصل الغلط في محل العقد نفسه ، ترتب عليه بطلان العقد ، لأنه غلط تبين منه أن محل العقد معدوم ، وإذا انعدم المحل بطل العقد ولم يوجد عقد محله الشيء المغلوط فيه . وإذا حصل الغلط في أوصاف المحل ، كان العقد صحيحاً لأن العقد الذى نشأ محله موجود ولكنه على خلاف ما وصف به ، فكان ذلك غير لازم وكان للمشترى حق فسخه لفوات الوصف إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع ، أما إذا كان لا يقبل الفسخ كالنكاح ، لم يكن

لمن حصل الغلط في ناحيته حق الفسخ لوقوعه صحيحاً لازماً عند الحنفية ، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب . وقال أحمد بن حنبل : له في هذا حق الفسخ أيضاً (١) .

٣٩٥ — ومن ذلك يبين أن تأثير الغلط في العقد ، يرجع إلى ما يترتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف ، وعلى حسب ما يترتب عليه من ذلك يكون الحكم على العقد فيحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد ، ويحكم عليه بغيره كعدم اللزوم(٢) إن فات به من الشروط والأوصاف (٣) ما لا يقتضي زواله البطلان وإنما يقتضي عدم لزومه مثلا .

---

(١) أنظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية « العقد » للأستاذ على الخفيف ١٩٥٤ ص ١١٧ — ١١٨ .

(٢) ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى موقوف ونافذ ، ومعنى نفاذه أنه يستتبع آثاره فتترتب عليه ، ومعنى وقفه أنه لا يترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يقر الشارع وجوده ، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته من له حق مباشرته . والعقد النافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم ، وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز . ويراد بالعقد اللازم ما لا يستقل بفسخه أحد طرفيه ، كالبيع والإجارة والنكاح والخلع والحوالة . ويراد بغير اللازم أو الجائز ما يستقل أحد طرفيه بفسخه ، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيصاء والعارية والوديعة .

وهذا النوع قد يكون غير لازم لذاته بالنسبة لطرفيه ، كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازماً بالنسبة إلى الآخر كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن غير لازم بالنسبة إلى المرتهن الذى له أن يستقل بفسخه ، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يبرىء منها .

ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الرفع على أية حال كالخلع ، ومنها ما يقبل الفسخ بتراضي طرفيها ، وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، ومنها ما يصير غير لازم بالشرط .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى بالعيب الخفى ، إلا أنه لم يشترط في حالة فوات الصفة ما اشترطه في العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفياً ، بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لضمان البائع متى قام المشترى بإخطاره سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لا يستطيع — نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٧٠ س ٢١ ص ٧٩٦ — ونقض ١٥ مايو سنة ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٧٩٦ .

المبحث الثانى

عقد الصلح

٣٩٦ – تنص المادة ٥٤٩ من التقنين المدنى على أن « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » . وأول مقومات الصلح هو أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين قائم أو محتمل . فإذا لم يكن هناك نزاع قائم ، أو فى القليل نزاع محتمل ، لم يكن العقد صلحاً ، كما إذا نزل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن المستأجر من دفع الباقى ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحاً [1] .

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، وحسمه الطرفان بالصلح كان هذا الصلح قضائياً judiciaire . ولكن يشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائى فى النزاع ، وإلا انحسم النزاع بالحكم لا بالصلح [2] .

وليس من الضرورى أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، بل يكفى أن يكون وقوع النزاع محتملا بين الطرفين ، فيكون الصلح لتوقى هذا النزاع ، ويكون فى هذه الحالة صلحاً غير قضائى extrajudiciaire .

٣٩٧ – وقد يكون النزاع فى القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما ، فيتصالحان لحسم هذا النزاع القانونى . والصلح فى هذه الحالة يكون صحيحاً ، حتى لو كان السند فى نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان ، فالعبرة بما يقوم فى ذهن الطرفين ، حتى لو قام صلح على غلط فى القانون وقع فيه أحد الطرفين .

والقاضى هو الذى يكيف الاتفاق بأنه صلح أو بأنه عقد آخر ، ولا يتقيد فى ذلك بتكييف الخصوم ، فقد يسمى الخصوم الصلح باسم عقد آخر أو يسمون عقداً آخر باسم الصلح ، فيبت قاضى الموضوع فى وجود عناصر

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٤٠ .

(٢) كانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أن « يكون الصلح قابلا للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » . فهنا انعدم النزاع لحسمه بالحكم النهائى، فلا يقوم الصلح بعد ذلك .

الصلح من حيث الواقع ، فيقرر ما إذا كان هناك نزاع قائم أو محتمل ، وما إذا كانت نية الطرفين حسم النزاع ، وما إذا كانت هناك تضحية من الجانبين ، فتتوافر بذلك عناصر الصلح ، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض . أما وجوب توافر هذه العناصر جميعاً ليكون العقد صلحاً فهذه مسألة قانون لا يستقل بها قاضى الموضوع بل تخضع لرقابة محكمة النقض ، فإذا لم يستظهر قاضى الموضوع عناصر الصلح على النحو المتقدم ، أو استظهرها ولكنه أخطأ فى تكييفها القانونى ، فإن حكمه يكون قابلا للنقض [1] .

ولا بد من وكالة خاصة فى الصلح [2] ، فلا يجوز للمحامى أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوصاً عليه فى عقد التوكيل . على أنه إذا كان هناك توكيل عام فى أعمال الإرادة ، جاز أن يشمل هذا التوكيل الصلح المتعلق بأعمال الإدارة دون غيرها .

الصلح القضائى

٣٩٨ – يقع هذا الصلح بين الخصوم فى دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء ، وتصدق عليه المحكمة . وقد نصت المادة ١٠٣ من تقنين المرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى :

« للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٠٦٩ – وإذا ظهر أن الصلح يستر عقداً آخر ، فأحكام هذا العقد الآخر هى الواجبة التطبيق (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٣٧ – ٥٠ ص ٥٧) . وقد يقبل المضرور من المتسبب فى الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه ، فلا يكون هذا صلحاً ويبقى الباب مفتوحاً لمساءلة المتسبب فى الضرر ، ولا يستطيع هذا أن يحتج بأنه تصالح مع المضرور ، كما لا يستطيع المضرور أن يحتج بأن المتسبب فى الضرر قد أقر بمسئوليته – أنسيكلوبيدى ، لفظ transaction فقرة ٤٧ .

(٢) المادة ٧٠٢ مدنى ، ونقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر جـ ٤ ص ٢١٩ – وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر ، وأن الحكم المطعون فيه إذ قرر أن الوكيل لم يراع فى الصلح حدود وكالته ، أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزاً حدود وكالته ، وإنما محل بحث هذا الغبن يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة – نقض ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ س ٥ ص ٨٥ .

ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالين قوة السند التنفيذى . وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صورة الأحكام » . ولا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بحضور الخصمين ، لأن القاضى إنما يقوم بمهمة الموثق ، ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين . فإذا غاب أحد الطرفين ، امتنع على القاضى التصديق على الصلح ، حتى لو كان الطرف الغائب قد قبل التصديق على الصلح فى غيبته ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار محضر الصلح الموقع عليه من الطرف الغائب سنداً يصح الحكم بمقتضاه . وإذا حضر الطرفان وعدل أحدهما عن الصلح ، لم يجز للقاضى التصديق عليه ، ويعتبر القاضى الصلح الذى عدل عنه أحد الطرفين ورقة من أوراق الدعوى يقدر قيمتها بحسب الظروف[1] . ويعتبر هذا الصلح القضائى ، أو الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، بمثابة ورقة رسمية ، أى بمثابة سند واجب التنفيذ لتصديق القاضى عليه . ولكنه لا يعتبر حكماً ، فهو لا يخرج عن كونه عقداً تم بين الخصمين [2] . ويجوز لكل منهما الطعن فيه ، ولكن ذلك لا يكون بالطرق المقررة للطعن فى الأحكام ، وإنما يكون طريق الطعن فيه بدعوى أصلية[3] .

(١) نقض مدنى ٢٨ مايو ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧١ ص ١١٣٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفته الفصل فى خصومة ، لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ، وإذن فهذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشىء المحكوم فيه ، وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته – نقض مدنى ١٩ إبريل سنة ١٩٥١ س ٢ ص ٧٢١ .

كما قضت بأن الصلح المصدق عليه يكون قابلا للفسخ كسائر العقود ، ويكون تفسيره طبقاً للقواعد المتبعة فى تفسير العقود لا فى تفسير الأحكام – نقض مدنى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٧٦ .

(٣) لكن إذا قبل الخصم الحكم الابتدائى صلحاً وتنازل بهذا الصلح عن استئنافه ، ثم استأنفه ، وقدم المستأنف عليه إلى محكمة الاستئناف عقد الصلح محتجا به على خصمه فى قبوله الحكم الابتدائى وتنازله عن الحق فى استئنافه ، وطلب مؤاخذته به ، فلا شك أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن فى هذا العقد ويدفع حجيته عنه ، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل فى النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، فإن هذا العقد حكمه حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو اطراحاً له ، ولا يجب عليها وقف =

فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب فى دعوى أصلية إبطال الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لنقص فى الأهلية ، أو لغلط فى الواقع ، أو التدليس ، أو لغير ذلك من أسباب البطلان .

أثر الصلح

٣٩٩– عقد الصلح يحسم بين طرفيه المنازعات التى تناولها ويفرض على

= الاستئناف حتى يفصل فى الدعوى المقامة لصحة عقد الصلح ونفاذه – نقض مدنى ٥ يونيه ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠ . وإذا تمسك المتدخلون فى دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبيعة فإن هذا يعد تدخلا اختصاميا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسهم ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى موضوع طلبهم وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين . فإذا كانت محكمة أول درجة قد كيفت طلب التدخل موضوع الشق الثانى من الدعوى بأنه طلب انضمامى وقضت فى الشق الأول منها بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ، وفى الشق الثانى منها بعدم قبول طلب التدخل وذلك باعتبار أن التدخل الانضمامى يقتصر على تأييد أحد طرفى الخصومة فينقضى بالتصالح مع الطرفين ، فإن محكمة أول درجة تكون قد استنفدت ولايتها فى النزاع القائم وقالت كلمتها فى موضوع الدعوى بشقيها ، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت تدخل المطعون عليهم تدخلا اختصامياً وقضت بإلغاء حكم محكمة أول درجة وبقبول التدخل ، فإنه يتعين عليها ألا تقف عند هذا الحد بل تمضى فى الفصل فى موضوع طلب التدخل وتحقيق دفاع الخصوم فى الدعوى الأصلية ودفاع المتدخلين بشأنها باعتبار أن الاستئناف ينقل الدعوى برمتها إلى المحكمة الاستئنافية ، ولا يحق لها أن تتخلى عن الفصل فى هذا الطلب إلى محكمة أول درجة لأن الفصل فى موضوع طلب التدخل لا يعد منها تصديا وإنما هو فصل فى طلب استنفدت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه – نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٧٠ س ٢١ ص ٢٢١ .

كما قضت بأن الغير الذى أضر الصلح بحقوقه من طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح ، فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة مدعيا أن الصلح أضر بحقوقه ، ودفع الغير فى مواجهته بانتهاء الدعوى صلحاً ، كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ، ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد أنهى الدعوى ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صلحاً صحيحاً . ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقبل تدخل الخصم الثالث فى الدعوى ورفض التصديق على محضر الصلح بناء على أنه باطل لو روده على عقد بيع صورى صورية مطلقة وأضر بحقوق المتدخل ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون – نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٧٠ فى الطعن ١٤٦ سنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

كل منهما التزاماً بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه ، إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة بالصلح هو حق مقرر لمصلحة كل من الطرفين ، يجوز له أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة في الحق المتصالح فيه ، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمناً . فإذا لم يقم أحدهما بما التزم به في عقد الصلح ، وجدد المنازعة في الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح في إجراءات الدعوى ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فإنه لا يكون في استطاعة الطرف الذي أسقط حقه في هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذي كان يجوز له تقديمه في المنازعة التي صدر فيها الحكم ، ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى مستقلة كدليل لنقض الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الطاعن استمر بعد الصلح في السير في طعنه السابق بالنقض ، ولم يقدم المطعون عليه دفاعه في الميعاد المحدد قانوناً ، فإنه يكون قد أسقط حقه في التمسك بالصلح ولا يجوز له أن يعدل إلى التمسك به أمام أية جهة أخرى بعد أن أصدرت محكمة النقض حكمها في الطعن وأنه لا وجه للقول بأن إخفاء عقد الصلح على محكمة النقض يعتبر غشاً من جانب الطاعن يحرمه من الإفادة من حكمها ، لأنه فضلا عن أن المطعون عليه هو الذي أسقط حقه في الدفع بالصلح ، فإن الغش بفرض وقوعه لا يعتبر سبباً لإلغاء الأحكام الانتهائية عن طريق رفع دعوى مستقلة أو في صورة دفع دعوى مبتدأة وإنما هو سبب لالتماس إعادة النظر فيها ، وهذا الطريق لا يقبل في أحكام محكمة النقض التي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وهي نهاية المطاف في الخصومة[1] .

---

(١) نقض مدني ١١ يونيه ١٩٧٠ في الطعن ٢٩٠ سنة ٣٥ ق والطعن ٣٠٣ سنة ٣٥ ق (لم ينشر بعد) .

وقد ورد في هذا الحكم أن عقد الصلح يعتبر كاشفاً للحق الذي تناوله ولا يعتبر ناقلا له ومن ثم فهو لا يصلح سبباً لبقاء هذا الحق بعد زواله ولا مع استرداد غير المستحق ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ عول على عقد الصلح في قضائه برفض دعوى الطاعن باسترداد ما دفعه بغير حق قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

وقارن حكم محكمة القضاء الإداري الذي قضى بأنه « لا مقنع فيما ساقته الوزارة المدعية في مذكرة دفاعها من أن الصلح المذكور لم يحسم النزاع بدليل أنه لم يمنع المحكمة من =

الغلط في القانون في عقد الصلح

٤٠٠ – تنص المادة ٥٥٦ من التقنين المدني على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون »[1] . وهذا النص استثناء صريح من القواعد العامة ، فإن هذه القواعد تقضي بأن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل العقد

= أن تصدر حكمها في الدعوى رقم ٧١٨ لسنة ١٣ قضائية ، كما لم يمنع المدعى عليه من الطعن في هذا الحكم ، فضلا عن أن النزاع لازال قائماً بهذه الدعوى – لا مقنع في هذا إذ أن الثابت في الأوراق أن الوزارة المدعية تقدمت بطلب إلى المحكمة مؤرخ ٧ فبراير ١٩٦٠ طلبت فيه فتح باب المرافعة مستندة في ذلك إلى التنازل عن الدعوى المذكورة ومصروفاتها ، غير أن هذا الطلب قدم في اليوم الذي صدر فيه حكم المحكمة ، ولو كان هذا التنازل قدم إلى المحكمة قبل ذلك لكان له وجه آخر . كذلك فإن الطعن في هذا الحكم من جانب المدعى عليه أمر لا يؤثر في الصلح ولا فيما يجب أن يترتب عليه من أثر حاسم للنزاع ، فهو إجراء خاطئ من جانب المدعى عليه بحسبان أن الطعن في الحكم المذكور يعتبر سيرا في النزاع الذي حسمه الصلح ، وقد استقر القضاء على أنه لا يصح بعد الصلح المضي في الدعوى التي كانت مرفوعة ، ولا تجديد هذه الدعوى ، ويستطيع المتصالح الآخر أن يدفع بالصلح الدعوى المقامة أو المطلوب المضي فيها أو المجددة ، إذ أنه بالصلح تنقضي ولاية المحكمة على الخصومة ، وبالتالي لا يصبح أن تحكم فيها حتى بالمصروفات . وإذا كان الحكم الصادر في الدعوى رقم ٧١٨ لسنة ١٣ قضائية السابق الإشارة إليه صدر في حقيقة الأمر في نزاع انتهى وانحسم ، غاية ما في الأمر أن طرفي الدعوى لم يقدما إلى المحكمة في الوقت المناسب ما يعلمها بذلك . أما القول بأن النزاع لا زال قائماً أمام هذه المحكمة عند نظرها الدعوى الحالية ، فهذا القول من قبيل احتجاج الشخص بتصرفه ، فالنزاع القائم أقيمت بشأنه الدعوى من الوزارة المدعية ، وقد دفعه المدعى عليه بالصلح ، ومن ثم فلا يسوغ اتخاذ هذا النزاع سبيلا للطعن على الصلح الذي تم في هذا الخصوص .

ولكل ما تقدم يبين أن النزاع بين الوزارة المدعية والمدعى عليه سبق أن انحسم بالصلح المبرم بينهما ، ويتعين أن تستقر حقوق كل منهما بهذا الصلح ، ولا يسوغ من أيهما أن يعاود النزاع ذاته ، لما في ذلك من إهدار لعقد قائم وتم تنفيذه .

ولما كانت هذه الدعوى تتعارض تماماً مع الصلح المبرم بين طرفي النزاع وتعيد إلى ساحة القضاء نزاعاً سبق فضه رضاء ، فإنه يتعين الحكم برفض الدعوى – ٢٠ يونيه ١٩٦٥ مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات ، المكتب الفني رقم ٢٩٨ ص ٥٧٥ .

(١) كان القضاء في عهد التقنين السابق يفسر النص المقابل بأنه يستبعد الغلط في القانون كسبب لإبطال العقد . ويقابل النص الحالي في التقنينات العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ، م ٥٢٤ (مطابق) والتقنين المدني الليبي ، م ٥٥٤ (لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون . ويكون باطلا . . . الصلح الذي انصب على خصومة تم الفصل فيها بحكم واجب التنفيذ وجهل ذلك أحد المتعاقدين » . تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، =

قابلا للإبطال ، وقد سبق أن أوردنا المادة ١٢٢ مدنى التى تنص على أن « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وقد قضى القانون فعلا فى المادة ٥٥٦ مدنى السالفة الذكر ، بغير ما تقضى به القواعد العامة ، وبأن الغلط فى القانون فى عقد الصلح لا يجعل الصلح قابلا للإبطال (١) .

٤٠١ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تعليل هذا الاستثناء ما يأتى : « ويجب التمييز ما بين الغلط فى فهم القانون ، وهذا لا يؤثر فى الصلح على خلاف القاعدة العامة ، والغلط فى الوقائع ، وهذا يؤثر فى الصلح سواء وقع فى الشخص أو فى صفته أو فى الشىء محل النزاع أو فى الباعث . . . إلخ . ، ما دام الغلط جوهرياً . والسبب فى أن الغلط فى فهم القانون لا يؤثر فى الصلح ، أن المتصالحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق . بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحدهما بعد ذلك أنه غلط فى فهم القانون »(٢) .

وقد سار القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق على أن الغلط فى القانون لا يكون سبباً فى إبطال عقد الصلح(٣) . وأكد التقنين المدنى الحالى هذا الحكم بنص المادة ٥٥٦ السالفة الذكر .

= م ١٠٤٨ : لا يجوز الطعن فى المصالحة بسبب غلط قانونى أو بسبب الغبن . (وأحكام هذا التقنين تتفق وأحكام التقنين المصرى) • التقنين المدنى العراقى – لا مقابل . ويقول الأستاذ السنهورى إنه يبدو أنه يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى القانون كما يجوز الطعن فيه لغلط فى الواقع . ولكن الأستاذ حسن الذنون (فقرة ٢٦٨) يذهب إلى أن الأصل فى التقنين العراقى أنه لا يجوز الطعن فى العقد لغلط فى القانون ، ويدخل الصلح فى هذه القاعدة العامة .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمتصالح أن يطعن فى الصلح بغلط فى القانون وقع فيه بشأن مقاصة ، ولو كان هذا الغلط هو الدافع له على الصلح – استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦١ .

(٣) م ٥٣٥/٦٥٧ من التقنين المدنى السابق : لا يجوز الطعن فى الصلح إلا بسبب التدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشىء أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها .

الفقه فى فرنسا

٤٠٢ – يتردد التعليل التقليدى الذى أوردته المذكرة الإيضاحية كثيراً فى الفقه الفرنسى (١) ، فلا شىء يبرر الخروج على القواعد العامة فى الغلط فى الصلح وجعل الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد . بالإضافة إلى تعليلات أخرى منها أنه لا يجوز إبطال الصلح لغلط فى القانون بموجب حكم فى الوقت الذى أريد فيه بالصلح أن يقوم مقام الحكم (٢) ، ومنها أنه أريد بالصلح حسم النزاع ، فلو أجزنا إبطاله لغلط فى القانون وهو أمر خفى ، لانفتح الباب واسعاً للنزاع وهو ما أريد بالصلح أن يحسمه . بيد أن هذا التعليل تصدى له الفقه الحديث بالنقد (٣) ، فلا شىء يبرر الخروج على القواعد العامة فى الغلط فى الصلح وجعل الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد (٤) . ويرد على هذه التعليلات بأنها لو كانت كافية ، لوجب أن يغلق الباب دون الطعن فى الصلح بأى غلط ، فى القانون أو فى الواقع ، وبأى وجه من وجوه البطلان الأخرى (٥) . والقول بأن المتصالحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، لا يمنع من أنهما بالرغم من هذا التثبت يقعان فى غلط فى القانون . وإذا كان لا بد من تعليل لهذا الحكم ، فالظاهر أن أقرب تعليل هو أن المتصالحين ، ماداما على بيّنة من الواقع ولم يقعا فى غلط فيه ، إنما يتصالحان على حكم القانون فى النزاع الذى بينهما ، وسواء علما حكم القانون فى هذا النزاع أو لم يعلماه ، فهما قد قبلا حسم النزاع بينهما على الوجه الذى اتفقا عليه مهما كان حكم القانون ، فلو أن

(١) لوران ٢٨ فقرة ٤٠٥ – بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٣٢٣١ .

(٢) لاروميير م ٢٠٥٢ فقرة ٢٦ .

(٣) بيدان فقرة ٣٦٥ – جوسران ٢ فقرة ١٤٥٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ .

(٤) وفى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى قيل إن الغلط فى القانون لا يجعل العقد قابلا للإبطال فى الصلح وفى غيره من العقود – فنيه ١٥ ص ١٠٨ . ويقول الأستاذ السنهورى إن هذا خطأ ظاهر فإن الغلط فى القانون يجعل فى الأصل العقد قابلا للإبطال كالغلط فى الواقع – أنظر هامش ص ٥٣٩ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من الوسيط .

(٥) بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٥٧ .

أحدهما كان فى غلط فى حكم القانون وتبين غلطه قبل أن يبرم الصلح ، لما منعه تبينه للغلط من أن يمضى فى الصلح الذى ارتضاه . هذا هو ما افترضه المشرع فجعل الغلط فى القانون ليس بالغلط الجوهرى فى عقد الصلح ، وليس من شأنه إذا علمه من وقع فيه أن يمنع من التعاقد (١) .

القضاء فى فرنسا

٤٠٣ — يتوسع القضاء الفرنسى فى استبعاد الغلط فى القانون كسبب لإبطال الصلح . من ذلك أنه إذا اختلط الغلط فى القانون بغلط فى الواقع ، ومن ثم كان ينبغى أن يكون الغلط فى الواقع كافياً وحده لإبطال الصلح ، فإن القضاء الفرنسى يستظهر الغلط فى القانون ويجعله يجب الغلط فى الواقع إذا كان هذا الغلط غير مغتفر ، ومن ثم لا يبطل الصلح إذ يقف عند الغلط فى القانون وحده . فإذا اصطلح شخصان فى شأن سند باطل ، وكانا واقعين فى غلط فى الواقع وغلط فى القانون ، فى شأن هذا البطلان ، فإن الصلح مع ذلك لا يبطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغى أن يدرك المتصالحان بطلان السند (٢) . وإذا غلط أحد المتعاقدين فى جنسية المتعاقد معه ، فاختلط الغلط فى الواقع بالغلط فى القانون ، لم يعتد القضاء الفرنسى بالغلط فى الواقع ووقف عند الغلط فى القانون فلا يبطل الصلح (٣) . وينتقد بعض الفقهاء هذا التوسع ، ويذهبون إلى أنه لو أن القضاء فسر حكم الغلط فى القانون تفسيراً ضيقاً كما ينبغى باعتباره استثناء من القواعد العامة ، ولم يجعله يجب الغلط فى الواقع إذا خالطه ، لصعب فى العمل أن يوجد غلط فى القانون دون أن يخالطه غلط فى الواقع ، ولضاقت دائرة الاستثناء إلى حد كبير (٤) .

---

(١) بودرى وفال ... (١) بوابيه فى الصلح ص ٧١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٦١ — السنهورى المرجع السابق ص ٥٤٠ — أكثم الخولى فقرة ١١ ص ٢٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر ١٨٦٥ داللوز ١٨٦٦ — ١ — ١٨٢ .

(٣) نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣ — ١ — ١٧ .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ — أكثم الخولى فقرة ١٢ .

ويذهب بعض الفقهاء ، فى سبيل الإمعان من التضييق فى هذا الاستثناء ، إلى أن الغلط فى القانون إذا كان لا ينصب على ذات النزاع كما تصوره الطرفان ، فلا محل لحرمان من وقع فيه من التمسك به لإبطال الصلح . فإذا تنازع الواهب مع الموهوب له فى جواز رجوع الواهب فى هبته ، وحسما النزاع بالصلح ، ثم تبين أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لم يحكم سترها بعقد آخر ، فالغلط فى القانون هنا يكون سبباً فى إبطال الصلح لأن هذا الصلح لم يحسم نزاعاً —

الغلط فى الحساب

٤٠٤ — كانت المادة ٥٣٦/٦٥٨ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « يجب تصحيح الغلط فى أرقام الحساب » . ولم يحتفظ التقنين المدنى الجديد بهذا النص اكتفاء بالنص الوارد فى القواعد العامة ، وهو نص المادة ١٢٣ مدنى ويجرى على الوجه الآتى : « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فإذا وقع فى الصلح غلط فى الحساب ، وكان هذا الغلط مشتركاً بين المتصالحين ، وجب تصحيح الخطأ ولم يجز لمن كان هذا الخطأ لصالحه أن يحتج به ، كما لا يبطل الصلح لهذا الخطأ . ويشترط أن يكون الغلط المطلوب تصحيحه ظاهراً فى الأرقام الثابتة بالكشوف المعتمدة بالصلح ، أو أن تكون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً (١) . أما إذا انفرد بالغلط أحد المتصالحين وبنى قبوله للصلح على هذا الغلط ، مقدراً مزايا الصلح على أساس حسابه الخاطىء ، كان هذا غلطاً فى الواقع إذا أثبته من يدعيه جاز له أن يطلب إبطال الصلح (٢) .

الغلط فى الواقع

٤٠٥ — يخضع الغلط فى الواقع فى عقد الصلح للقواعد العامة ، ويكون سبباً لإبطال الصلح إذا كان جوهرياً أى بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام الصلح لو لم يقع فى هذا الغلط ، وكان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ — ١٢١ مدنى) .

فإذا تسبب شخص فى إصابة شخص آخر ، وتصالح المضرور مع المسئول أو مع شركة التأمين التى أمنته ضد الإصابة أو مع شركة التأمين التى أمنت

= فى هذه المسألة — بوابيه فى الصلح ص ٧٢ — ٧٣ و محمود جمال الدين زكى فى العقود ١٩٥٣ فقرة ١٥ ص ٣٠ — أكثم الخولى فى العقود المدنية ١٩٥٧ فقرة ١٢ ص ٢٥ .

(١) نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ رقم ٥ ص ٢٦ — محمد على عرفه ص ٤٢١ و ٤٢٢ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠٥ .

المسئول إذا كان للمضرور دعوى مباشرة ضد هذه الشركة [١]، فقد يقع المضرور فى غلط فى جسامة الإصابة وقت الصلح، فيرضى بمبلغ قليل من المال معتقداً أن الإصابة يسيرة، ثم يتبين بعد ذلك أن الإصابة من الجسامة بحيث تركت عنده عاهة مستديمة، بل قد تفضى الإصابة إلى موته. فى مثل هذه الأحوال يجوز للمضرور أو ورثته أن يطلب إبطال الصلح لغلط جوهرى وقع فيه، وهذا الغلط فى محل التعاقد، فقد تصالح على إصابة ظن أنها يسيرة، فإذا بها بلغت من الجسامة حداً كبيراً. ويجب أن تكون هذه الجسامة قد تكشفت عن ضرر يختلف فى طبيعته عن الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب، أما مجرد تفاقم الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح فلا يعدو أن ينتج غبناً والغبن لا يؤثر فى الصلح [٢].

وقد درجت شركات التأمين، توقياً لإبطال الصلح، على وضع شروط تقضى بأن المضرور قد قبل الصلح على المبلغ الذى ارتضاه متنازلا عن المطالبة بأى مبلغ إضافى عن أى ضرر آخر تتكشف عنه الإصابة فيما بعد. فأذعن القضاء الفرنسى لهذه الشروط، وقضى بأن المضرور لا يستطيع معها أن يطلب إبطال الصلح للغلط [٣]. بيد أن الفقه ينتقد بحق هذا القضاء، فتنازل المضرور عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يمنع من أن المضرور قد وقع فى غلط وقت هذا التنازل، ولا يكفى لافتراض إجازته لنتائج هذا الغلط أن

(١) أنشأ المشرع للمضرور قبل المؤمن دعوى مباشرة بمقتضى المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات. وهذه الدعوى تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ مدنى والذى تبدأ مدته من وقت وقوع الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر — نقض مدنى ٨ يناير ١٩٧٠ س ٢١ ص ٤٣، وقد قضى هذا الحكم بوقف سريان التقادم طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية إذا كان الفعل غير المشروع يكون جريمة وكانت الدعوى الجنائية قد رفعت على مقارفها سواء كان هو المؤمن له أو غيره ممن يعتبر مسئولا عن الحقوق المدنية المترتبة على فعلهم، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا منذ صدور الحكم الجنائى أو انتهاء المحاكمة الجنائية لسبب آخر، وذلك على أساس أن رفع الدعوى الجنائية يكون فى هذه الحالة مانعاً قانونياً فى معنى المادة ٣٨٢/١ مدنى يتعذر معه على المضرور مطالبة المؤمن بحقه.

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٤ — بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٨٧.

(٣) نقض فرنسى ٢٣ فبراير ١٨٩١ داللوز ١٨٩٢ — ١ — ١٥٠ و ١٩ ديسمبر ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣ — ١ — ٤٠٦.

يكون قد تنازل مقدماً عن أى تعويض إضافى فى ورقة مطبوعة قدمتها له شركة التأمين فوقعها دون تدبر، ولا تصح الإجازة الصادرة ممن وقع فى غلط قبل أن يكشف عن هذا الغلط [١].

اصابات العمل

٤٠٦ — حدد القانون فئات للتعويض عن إصابات العمل تعتبر من النظام العام، فلا يجوز من ثم الاتفاق على ما يخالفها. هذا وإذا أفضت الإصابة إلى موت المصاب، فإن تنازله عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يسرى بداهة على حق زوجته وأولاده وأقاربه فى التعويض عما أصابهم من الضرر بسبب موته، فإن هذا حقهم الشخصى ولا يمكن أن يتناوله تنازل المضرور [٢].

أمثلة للغلط فى الواقع

٤٠٧ — إذا تصالح شخص مع آخر على أساس سند باطل يتمسك به هذا الأخير — وصية عدل عنها الموصى مثلا أو حق اختراع انقضت مدته فوقع فى الملك العام — فإن المفروض أن الشخص الأول كان يجهل بطلان السند، ولو علم لما أقدم على الصلح. فهو قد وقع فى غلط جوهرى، إما فى الشىء وإما فى الباعث، ومن ثم يجوز إبطال الصلح للغلط. لكن لو كان اعتقاده بصحة السند راجعاً إلى غلط فى القانون، فلا يعتد بهذا الغلط ولا يجوز له طلب إبطال الصلح كما قدمنا [٣]. أما إذا كان بطلان السند هو ذاته محل الصلح، بأن كان أحد الطرفين يتمسك بصحة السند والآخر يتمسك ببطلانه فتصالحا، فإن الصلح يكون صحيحاً [٤].

٤٠٨ — وقد كانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن «يكون الصلح قابلا للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم [٥]». ذلك أن

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ — وانظر عكس ذلك أنسيكلوبيدى داللوز «لفظ transaction فقرة ١٨٣ — أكثم الخولى فقرة ١٤ — وقارن محمود جمال الدين زكى ص ٥٢ هامش رقم ٤.

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٦٠١.

(٣) قارن كولان وكابيتان ودى لاموراندبير طبعة عاشرة جزء ٢ فقرة ١٣٨٣.

(٤) أنظر السنهورى، المرجع السابق فقرة ٣٦٦ ص ٥٤٥ — ٥٤٦.

(٥) جاء فى المادة ٧١٨ عراقى «يكون الصلح موقوفاً . . . (ب) إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم».

الصلح إنما جعل لحسم النزاع ، والنزاع سبق حسمه بالحكم النهائى الذى صدر فيه . فوقع الطرف الذى يجهل ذلك فى غلط جوهرى فى الباعث ، ومن ثم جاز له أن يطلب إبطال الصلح للغلط (١) . والأدق أن يقال فى هذا الصدد إن الصلح باطل ، وليس قابلا للإبطال فحسب ، لأن أحد مقومات الصلح وهو النزاع قد انعدم ، فلا يكون الصلح قائماً . وهذا الحكم مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف .

عدم تجزئة الصلح عند بطلانه

٤١٠ – تنص المادة ٥٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ١ – الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله . ٢ – على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض » .

وعدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليس مقصوراً على البطلان بسبب الغلط ، بل هو يشمل جميع وجوه البطلان . فقد يكون الصلح قابلا للإبطال لنقص الأهلية أو للتدليس أو للإكراه أو للاستغلال ، وقد يكون الصلح باطلا لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب . فأياً كان سبب الإبطال أو البطلان فإن الصلح إذا أبطل أو قضى ببطلانه (٢) ، وكان يشتمل على أكثر من أمر واحد ، فالأصل أن بطلان جزء منه يقتضى بطلان جميع الأجزاء(٣) . ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز أن تتجه نية المتعاقدين ، صراحة أو ضمناً ، إلى اعتبار أجزاء الصلح بعضها مستقلا عن بعض ، فإذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ هامش ص ٤٦١ .

(٢) يجوز طلب بطلان الصلح بدعوى مستقلة ، كما يجوز أن يكون ذلك بطريق الدفع ، بأن يجحد من يتمسك ببطلان الصلح النزاع ويرفع به دعوى ، فيرد الطرف الآخر على هذه الدعوى متمسكا بالصلح ، فيدفع الطرف الأول ببطلان هذا الصلح . ويجوز أن يتصالح شخصان فى الدعوى القائمة بينهما ، فيتدخل شخص ثالث فى الدعوى متمسكا ببطلان هذا الصلح لإضراره بحقوقه – أنظر محمد على عرفه ص ٤٢٥ ، وحكم النقض الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٧٠ المشار إليه بهامش ٣ ص ٥٠٩ . كما يجوز لهذا الشخص الثالث ، الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش ، أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه – راجع حكم النقض فى الطعن ١٤٦ سنة ٣٦ ق المشار إليه بنهاية الهامش ذاته والذى لما ينشر .

(٣) هذا بخلاف الحكم فإنه يتجزأ ، فيجوز مثلا عند استئنافه أن تؤيد محكمة الاستئناف جزءاً منه وتلغى جزءاً آخر .

بطل جزء منه ، بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل ، وبذلك يتجزأ الصلح طبقاً لإرادة المتعاقدين(١) .

فإذا تم الصلح بين عدة أطراف بينهم قاصر ، وطلب القاصر إبطال الصلح لنقص الأهلية فأبطل ، فإن الصلح يبطل أيضاً بالنسبة إلى من بلغوا سن الرشد(٢) ، ما لم يكن هؤلاء قد قصدوا أن يكون الصلح بالنسبة إليهم مستقلا عنه بالنسبة إلى القاصر ، فيسقط الصلح بالنسبة إلى القاصر ويبقى قائماً بالنسبة إليهم(٣) .

بطلان الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية

٤١١ – لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالأهلية لأنهما من النظام العام . ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، فيجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحقه من نفقة مدة معينة ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته ، كما يجوز الصلح على

(١) السنهورى ، المرجع السابق بند ٣٦٧ ص ٥٤٩ – ٥٥٠ – محمد على عرفه ص ٤٢٢ – ٤٢٥ – محمود جمال الدين زكى فقرة ١٨ – أكثم الخولى فقرة ٢٣ .

(٢) ولكن ناقص الأهلية وحده هو الذى يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فإذا لم يتمسك به بقى الصلح قائماً بالنسبة للجميع ، أما إذا تمسك به فأبطل بالنسبة إليه ، فإنه يبطل أيضاً بالنسبة إلى الباقى ، ويكون هذا استثناء من قاعدة قصر حجية الأحكام على من كان طرفا فيها ، لأن هذه هى النتيجة الطبيعية لعدم التجزئة . ويجوز أن يكون الصلح على منازعات متعددة وبعقود مستقلة وحدة متماسكة فيحكم ببطلانها جميعاً إذا أبطل أحدها – محمد على عرفة ص ٤٢٥ – السنهورى هامش ص ٥٥١ و٥٥٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المعقود بين جانب متعدد الأطراف فيهم قصر وبين شخص آخر فى دعوى تزوير عقد موضوعه ملكية قطعة أرض مملوكة للجانب الأول على الشيوع ، ولم يجز المجلس الحسبى الصلح بالنسبة إلى القصر . فأبقت محكمة النقض الصلح قائماً بالنسبة إلى غير القصر ، لأن الصلح صحيح بالنسبة إليهم من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التجزئة فى الحقوق المالية أمر جائز ولا يحول حائل دون حصوله ، إذ من الجائز فى عقد واحد مطعون فيه بالتزوير أن يتصالح بعض ذوى الشأن فيه ويظل الباقون متمسكين بطعنهم عليه ، ثم يقضى ببطلانه . ومثل هذا القضاء غير مؤثر فى الصلح الذى تم ، والقول بغير ذلك يتعارض مع القاعدة التى تقصر حجية الأحكام على من كان طرفاً فيها – نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٤ . وينتقد الأستاذ محمد على عرفه هذا الحكم ويذهب إلى عدم جواز تجزئة الصلح فى هذه القضية – المرجع السابق ص ٤٢٣ و ٤٢٤ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٨ هامش رقم ٢ .

المصالح المالية التي تترتب على الأهلية . فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة .

بطلان الصلح على الجريمة

٤١٢ – لا يجوز لمن يرتكب جريمة أن يصالح عليها ، لا مع النيابة العامة ولا مع المجنى عليه ، لأن الدعوى الجنائية من حق المجتمع وهى من النظام العام فلا يجوز الصلح عليها .

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تنشأ عن ارتكاب الجريمة ، فيجوز الصلح على حق التعويض المدنى بين المسئول والمجنى عليه ، ولكن لا يجوز الصلح فيما بين المسئولين المتعددين على تحديد مسئولية كل منهم فى مواجهة المجنى عليه ، فتحديد هذه المسئولية من النظام العام ولا يجوز الصلح عليها .

بطلان الصلح على مسائل أخرى من النظام العام

٤١٣ – لا يجوز الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة إذا كان الحق فى تحصيلها مقرراً بصفة نهائية وليس محلا للنزاع[1] .

ولا يجوز الصلح على الأحكام المتعلقة بإيجار الأماكن ، فلا يجوز أن يتفق المستأجر مع المؤجر صلحاً على أن يدفع له أجرة أكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للأماكن ، وله أن يسترد ما دفعه زائداً . ولا يجوز الصلح على المسائل المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعى فيما يتعلق بتعيين الحد الأقصى لأجرة الأراضى الزراعية[2] .

ولا يجوز الصلح على أحكام القانون المتعلق بإصابات العمل . كذلك لا يجوز الصلح فى كثير من المسائل المتعلقة بعقد العمل الفردى ، وهى المسائل التي تعتبر من النظام العام .

ولا يجوز الصلح على الفوائد الربوية ، فإذا تصالح المدين مع الدائن على

(١) يعترض بعض الفقهاء على عدم جواز الصلح على الضرائب ، ويميزون بين التزام الممول بدفع الضريبة وهذا لا يجوز الصلح عليه ، وبين المبلغ المستحق عليه دفعه كضريبة وهذا كسائر الديون يجوز الصلح عليها – أنظر ما سيجىء عند الكلام على الصلح فى المجال الإدارى .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق ص ٥٥٩ .

أن يدفع فوائد أكثر من الحد الأقصى المسموح به ، كان هذا الصلح باطلا وجاز للمدين أن يسترد ما دفعه زائداً .

ولا يجوز الصلح على بطلان التصرفات الراجع إلى النظام العام ، فلا يجوز الصلح على دين قمار أو دين سببه مخالف للآداب أو تعامل فى تركة مستقبلة . ولكن يجوز الصلح على إجازة عقد قابل للإبطال .

الدفع بالصلح

٤١٤ – إذا كانت الدعوى مرفوعة بين خصمين ، واصطلحا ، انتهت الدعوى بالصلح . ولا يصح الاستمرار فى إجراءات الدعوى بعد الصلح ، وتنقضى ولاية المحكمة على الخصومة . ولا يجوز بعد الصلح وانقضاء الدعوى أن يتدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه ، وليس له إلا أن يرفع دعوى مستقلة بذلك[1] .

ولما كان الدفع بالصلح لا يعتبر من النظام العام ، فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن يجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

فإذا انقضت الدعوى بالصلح ، لم يبق أمام الخصم الذى له مطعن على هذا الصلح إلا أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة كما ذكرنا يطعن بها فى الصلح ، كأن يطلب إبطاله لغلط فى الواقع أو التدليس أو الإكراه ، أو يطلب بطلانه لعدم مشروعية المحل أو لعدم مشروعية السبب . ويجوز لدائن المتصالح أن يطعن فى الصلح بالدعوى البوليصية ، وذلك بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، إذا أثبت أن الصلح إنما وقع بين المتصالحين إضراراً بحقوقه

(١) لكن إذا تدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه فى الدعوى ، وطعن فى الصلح بالبطلان ، فالظاهر أنه لا يجوز رفض تدخله إلا على أساس أن الصلح صحيح وأنه قضى الدعوى ، فيجب إذن على المحكمة بادىء ذى بدء أن تقبل تدخله وتنظر فى صحة الصلح ، فإذا حكمت بصحته انقضت الدعوى . وإذا تم الصلح بين الخصمين بعد صدور حكم من محكمة أول أول درجة ، واستؤنف الحكم ، فمحكمة الاستئناف تنظر فى صحة الصلح إذا طعن فيه ، فإن قضت بصحته حكمت بعدم قبول الاستئناف – أنسيكلوبيدى داللوز ، لفظ **transaction** فقرة ١٠٣ – السنهورى ، المرجع السابق هامش ص ٥٧٣ . وهذا النظر هو ما اعتنقه حكم النقض الذى أوردناه بنهاية هامش ٣ ص ٥٠٩ .

ولا بد من التواطؤ لأن الصلح من عقود المعاوضة[1] .

المبحث الثالث

نقد التفرقة بين القواعد الآمرة والمقررة

مر بنا فى دراستنا تقسيمات القانون أن قواعده تنقسم إلى قواعد آمرة نلتزم باحترامها ولا نستطيع أن نتحلل من الخضوع لها ولو كان ذلك عن طريق الاتفاق ، وإلى قواعد مكملة أو مفسرة يلتزم الأفراد باحترامها ما لم يتفقوا على خلافها ، فما هو نطاق تطبيق مبدأ عدم العذر بجهل القانون فى هذا المجال ؟ .

٤١٥ — أجمع الفقهاء على أن الجهل بالقاعدة القانونية الآمرة لا يعتبر عذراً ، أما القاعدة المقررة فيرى البعض جواز الاعتذار بجهلها . ويذهب هذا البعض إلى أن نطاق المبدأ مقصور على القوانين الجنائية ، فلا يجوز لمتهم بارتكاب جريمة أن يؤسس دفاعه على عدم علمه بالقانون الذى خالف أحكامه[2] ، وذلك للإفلات من العقوبة . أما فى دائرة العلاقات المدنية فيفرقون بين القواعد والنصوص الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، والقواعد والنصوص المفسرة التى يجوز لهم الاتفاق على مايخالفها ، ويقصرون مبدأ عدم العذر بجهل القانون على النوع الأول دون الثانى ، فمحصل الرأى بالنسبة لهذا الفريق من الفقه أن مبدأ عدم العذر بالجهل بالقانون إنما ينطبق على القوانين الجنائية وغيرها من القوانين المتعلقة بالنظام العام ، أما غير ذلك من القوانين فيجوز للأفراد الاعتذار بجهلها[3] .

(١) فالدائن فى الدعوى البوليصية يطعن فى الصلح الذى عقده مدينه ، لا على أنه عقد كاشف لحق المتصالح مع مدينه فلا يكون الصلح فى هذه الحالة مفقراً للدين ، بل على أنه عقد تواطأ فيه المدين والمتصالح معه على الإضرار بحقوقه فنقل المدين حقاً له للمتصالح الآخر تحت ستار الصلح .

(٢) أنظر ما سيجىء فى الباب الثانى عندما نتكلم عن الجهل والغلط فى قانون غير قانون العقوبات .

(٣) من المفيد أن ننقل هنا ما ورد فى مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى بشأن المادة ١٢٢ ، فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يلى : « قصد المشروع من نص المادة ١٦٩ إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون ، فكثيراً ما يستبعد هذا —

٤١٦ — ويرى فريق آخر ، ونؤيد ما يذهب إليه ، أنه ليس ثم ما يبرر هذه التفرقة ، وأن المبدأ يسرى على القواعد القانونية كافة أياً كان نوعها ،

— الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق ، فيكون الغلط فى القانون ، متى ثبت أنه جوهرى ، شأن الغلط فى الواقع ، من حيث ترتيب البطلان النسبى ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما هى الحال مثلا فى عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصرى على ذلك .

وفى لجنة المراجعة عارض الأستاذ الشوربجى فى أن يكون هناك تماثل كامل ما بين الغلط فى القانون والغلط فى الوقائع ، ومن رأيه أن يكون الغلط فى القانون سبباً للإبطال ولو لم تتوافر شروط الغلط فى الوقائع . فقال الأستاذ السنهورى إن الغلط فى القانون كالغلط فى الوقائع فى الشروط ، فإذا فرض مثلا أن الزوج وهو يرث فى بعض الحالات نصف التركة اعتقد خطأ أنه لا يرث إلا ربع التركة وباع نصيبه فى الميراث دون تحديد لمقداره بثمن معين ، فهنا يكون قد وقع فى غلط فى القانون ولا يكون هذا الغلط سبباً فى إبطال العقد إلا إذا كان المشترى واقعاً فى نفس الغلط أو عالماً بالغلط أو يستطيع العلم به ، أما إذا لم يكن واقعاً فى الغلط ولم يعلم به ، ولم يكن يستطيع أن يعلم به فلا محل لإبطال العقد .

وفى مجلس الشيوخ تليت المادة ١٢٦ ، وكان هذا قد أصبح رقمها فى المشروع النهائى ، وهذا نصها « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافر فيه شروط الغلط فى الوقائع هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » . فقال الأستاذ المشماوى إن المشرع أراد بهذه المادة أن يسوى فى الحكم بين الغلط فى الوقائع والغلط فى القانون ، والاتجاه الجديد حتى فى مشروع قانون المرافعات هو الأخذ بهذه النظرية وذلك لحماية الناس العاديين من استغلال جهلهم للقانون ، واستطرد شرحاً لهذه المادة نقلا عن المذكرة الإيضاحية المطولة ما يأتى « قصد المشرع من نص المادة ١٢٦ إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون ، فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية ، أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون الغلط فى القانون متى ثبت أنه جوهرى شأن الغلط فى الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبى ما لم يقض القانون بغير ذلك كما هو الحال مثلا فى عقد الصلح وقد جرى القضاء المصرى على ذلك .

ثم قال الأستاذ عبده محرم إن الغلط فى القانون الجنائى لا يترتب عليه عدم العقاب وهذه القاعدة سارية فى جميع القوانين الآمرة ، وأما فى القانون المدنى فالقواعد المفسرة تعتبر ترجمة لإرادة المتعاقدين فيجوز لهما الاتفاق على ما يخالفها .

وأضاف الدكتور بغدادى إلى ذلك أن كل قاعدة فى القانون تنقسم إلى شقين : شق فيه —

فما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ، فلا ينبغى الاحتجاج بجهلها للإفلات من الخضوع لحكمها لأن عنصر الالتزام بمضمون القاعدة القانونية ، آمرة

— معنى التقرير ، وشق فيه معنى الخطاب . ففيما يتعلق بالتقرير قد يقع الغلط فى أحكامه ويكون شأنه شأن أى غلط .

وقال رئيس اللجنة إنه غير مرتاح إلى كلمة « وقائع » الواردة فى المادة واقترح أن يكون النص كما يأتى « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا كان هذا الغلط جوهرياً على الوجه المبين فى المادة السابقة ما لم يقض القانون بغير ذلك » . وقد وافقت أغلبية اللجنة على هذا النص المقترح ، وامتنع الأستاذ علوبة عن إبداء رأيه لأنه غير مقتنع بنظرية الغلط فى القانون ، ولم يوافق عليه الأستاذ حلمى عيسى الذى قال إنه لو عدلنا هذه المادة بقولنا « لغلط فى حكم القانون » أو « لغلط مبنى على حكم القانون » فإنه يوافق على المادة لأن الذى يقع فى غلط فى القانون إنما يقع فى الواقع فى غلط فى حكم فى القانون ويعتقد أن العبارة التى يقترحها تؤدى المعنى الذى تريده اللجنة من الأمثلة التى أثيرت فى الجلسة الماضية .

فقال رئيس اللجنة إنه مما لا شك فيه أن الغلط فى القانون موجب للبطلان ولكن لا يجب أخذ هذه القاعدة على إطلاقها لأنه قد تختلف المحاكم فى مسألة قانونية فلا يقبل من أحد المتعاقدين الادعاء بأنه وقع فى غلط فى القانون إذا كان هذا الغلط لا يتفق مع حكم من أحكام هذه المحاكم . واستطرد قائلا إن مثل هذا الغلط لا يمكن أن يؤدى إلى البطلان . وهناك بعض الشراح لا يفرقون بين الغلط فى القانون المدنى والغلط فى القانون الجنائى ، ومن ثم فإنه يجوز لشخص أن يحتج بالجهل بالقانون إذا أثبت أنه لم يكن فى استطاعته العلم بقانون العقوبات مثلا . لذلك فقد تضمن القانون استثناءين من القاعدة العامة وهما : الاعتراف القضائى والصلح ، فالغلط فيهما غير موجب للبطلان . وما دامت المحاكم قد وصلت فى تطبيق هذه القاعدة إلى نتائج معينة فيحسن عدم تقييدها بنص لأن ذلك يؤدى إلى التوسع فى تطبيقه وهذا يستتبع عدم الاستقرار فى المعاملات والارتباك فى العمل ، ولذلك فإنه يعدل عن موافقته على هذه المادة ويقترح حذفها . وقد شاركه فى رأيه كل من حضرتى الشيخين المحترمين الأستاذين علوبة وحلمى عيسى .

وقد اعترض على حذف المادة الدكتور حسن بغدادى فقال إن المقصود بنظرية الغلط فى القانون بوجه خاص أن يقع الغلط فى وجود القاعدة القانونية المقررة لأمر من الأمور ، فعبارة **Erreur de Droit** أصبحت اصطلاحاً له معنى محدد . وضرب مثلا بالغلط فى القانون الواجب التطبيق على الوصية . ووجه النظر إلى أنه ليست هناك حاجة ملحة للنص على هذه النظرية اكتفاء بالقواعد العامة التى استقر عليها القضاء ، ولكن الذى حدا بالمشرع إلى النص عليها فى صلب هذا المشروع أنه وجد من أساطين الفقهاء من رفض تطبيقها لتعارضها مع القاعدة الأخرى التى لا تسلم باعتبار الجهل بالقانون عذراً ، وهذا الفريق لا يفرق بين الغلط فى القانون المدنى والقانون الجنائى . وقد ترددت المحاكم كثيراً فى بادىء الأمر فى الأخذ بنظرية الغلط فى القانون ، فقطعاً لهذا التردد لم ير المشرع بداً من إيرادها فى المشروع . —

كانت أو مفسرة ، ينطوى على معنى الالتزام بالعلم بهذا المضمون . وقد سبق أن ذكرنا أن صفة الإلزام متوافرة للقواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء ، فالعلم بها يكون واجباً لا يمكن التحلل منه بالنسبة إليها جميعاً دون تفريق . ولا يقدح فى ذلك أنه يسوغ للأفراد أن يتفقوا على عكس ما تقضى به القاعدة المكملة ، ذلك أنها تبقى مع هذا ملزمة واجبة الاتباع حتى يحدث مثل ذلك الاتفاق ، أو يفصح المتعاقدان صراحة على استبعاد تطبيقها . وقد مر بنا أنه حتى لو لم يكن للمتعاقدين علم بوجودها فإنه يتعين تطبيقها إذ لا يجوز التحدى بجهل القاعدة القانونية المكملة تهرباً من إعمال حكمها[1] . ولو قيل بجواز استبعادها عند الجهل بها لترتب على ذلك قيام فراغ فى العلاقة بين المتعاقدين ، وقد وضعت القواعد المكملة على وجه الخصوص لسد الفراغ الناشىء عن سكوت المتعاقدين على الاتفاق على قواعد مخالفة لها ،

— لم تقتنع اللجنة بهذه الحجج وقالت على لسان رئيسها إن نظرية الغلط فى القانون نظرية لا يشك فيها إنسان لأنها من الذيوع والثبات بحيث لا يتصور عدم الأخذ بها فهى قاعدة قديمة من أيام الرومان ، بل هى قاعدة أساسية مجمع عليها ويخشى أن تعميم النص عليها يدخل حالات ليست داخلة فى الإجماع وقد قصد بها أن يكون الغلط واقعاً فى الحقائق القانونية **Facts of Law** فعدم موافقة اللجنة على هذه المادة لا يمنع من إقرارها إذا اقتنعت بها .

وقد عملت مقارنة بين هذا النص والنصوص المقابلة له فى التشريعات الأجنبية الأخرى فوجد مطابقاً لها ما عدا القانون الأرجنتينى .

وفى جلسة تالية ، تليت المادة ١٢٦ وناقشت اللجنة فى نظرية الغلط فى القانون ، وقال الأستاذ حلمى عيسى إن الجهل بالقانون ليس عذراً .

فأجابه الأستاذ السنهورى بأنه يجب التفرقة بين الجهل بالقانون الجنائى والجهل بالقانون المدنى ، وأن نطاق تطبيق قاعدة عدم الجهل بالقانون لا تتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه التخصيص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية ، أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون الغلط فى القانون متى ثبت أنه جوهرى شأن الغلط فى الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبى ما لم يقض القانون بغير ذلك . ثم قال إن القضاء جرى على ذلك .

قرار اللجنة : وافقت اللجنة على مبدأ الغلط فى القانون ، كما وافقت على المادة ١٢٦ معدلة كالآتى « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ — راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ١٥٦ — ١٦٤ .

— وراجع ص ٤٣٧ وهامش (٣) .

(١) راجع ص ٢٨٦ .

فمجرد هذا السكوت يجعل القواعد المكملة واجبة الاتباع دون أن يكون لأى متعاقد الحق فى الاحتجاج بجهلها[1] .

٤١٧ — ونرى أن مرد هذه التفرقة هو الخلط بين مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، والغلط فى القانون ، فالغلط فى القانون وإن كان يتضمن فى حقيقته الجهل به إلا أن له فوق ذلك شرطين : أولهما . على ما مر بنا ، أن يكون هذا الغلط جوهرياً أى دافعاً إلى التعاقد . وثانيهما ، أن يكون هذا الغلط مشتركاً بمعنى أن يقع فيه المتعاقد الآخر أو يعلم بوقوع صاحبه فيه أو يكون من السهل عليه أن يتبين ذلك ، ويكون أثر الغلط فى القانون فى هذه الحالة هو جعل التصرف قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الذى وقع فيه[2] . ثم إن أثر قابلية التصرف للإبطال وفق شروط المواد ١٢٠ — ١٢٢ مدنى تمتد إلى القاعدة الآمرة متى وقع الغلط فيها ، فقد رأينا أن للمتعاقد الذى كان يجهل وقت التعاقد صدور قانون يرفع سن الرشد إلى الحادية والعشرين مثلا ، أن يطلب إبطال العقد الذى أبرمه مع بالغ سن الرشد طبقاً للقانون القديم الذى كان يحدد سن الرشد بالثامنة عشرة من العمر ، مع أن تحديد سن الرشد متعلق بالنظام العام . ولو سلمنا بجواز الاعتذار بجهل القانون ، بالنسبة القواعد المقررة ، لوجب استبعاد حكمها بمجرد أن يثبت الشخص جهله بها ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون المتعاقد مع هذا الشخص قد جهلها بدوره أو لم يجهلها ، كما يستوى أن يكون عالماً بوقوع المتعاقد معه فى هذا الجهل أو غير عالم به ، الأمر الذى يؤدى إلى تضييق نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بحيث يقتصر على القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه التخصيص ،

(١) وهذا يميز القاعدة المكملة كما ذكرنا عن العادة الاتفاقية . فالأولى قاعدة قانونية ملزمة واجبة الاتباع مادام المتعاقدان لم يتفقا على عكس أحكامها ، بينما الثانية يفترض فيها رضاء المتعاقد الضمنى بها . فإذا أثبت المتعاقد جهله بالعادة الاتفاقية وجب استبعادها على خلاف القاعدة القانونية .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ص ٣٩ — حسن كيره ، محاضرات فى المدخل للقانون ص ٢٦٤ — جمال زكى ، دروس فى نظرية القاعدة القانونية بند ٣٩ — وراجع ص ٤٣٨ هامش (١) .

ما يتعلق بالمسائل الجنائية[1] ، وهو ما لا نسلم به لما يترتب عليه من إفراغ المبدأ من قيمته ومحتواه :

فعدم العذر بجهل القانون شىء والغلط فى القانون شىء آخر ، وإذا كان الغلط فى القانون يؤدى ، إذا توافرت شروطه ، إلى منح من وقع فيه وسيلة قانونية للخلاص من آثاره ، فلا يسوغ مطلقاً الاستناد إلى مجرد الجهل بالقانون للتنصل من تطبيق حكمه ، ولا فرق فى هذا بين القواعد الآمرة وغيرها من القواعد المقررة أو المفسرة أو المكملة ، كما أن المبدأ ينطبق على القواعد القانونية كافة أياً كان مصدرها ، ومكتوبة أو غير مكتوبة ، ومن ثم فلا يقبل من شخص أن يحتج أمام القضاء بجهل قاعدة قانونية عرفية ، ويعتبر خطأ القاضى فى تطبيق القاعدة العرفية من قبيل الخطأ فى تطبيق القانون الذى يخضع لرقابة محكمة النقض[2] .

(١) وهذا ما يذهب إليه جانب كبير من الفقه فى فرنسا وفى مصر — راجع ص ٤٣٧ — ٤٣٩ .

(٢) راجع ص ٢٨٨ .

الفصل الثاني

تقنين الإثبات

تمهيد

٤١٨ – اختلفت الشرائع في وضع « قواعد الإثبات » في موضعها من التقنين ، ومرد ذلك أن هذه القواعد تقنن إلى فئتين : فئة تتعلق بالتنظيم الموضوعي ، وهي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة وأحوال إعمالها ، وبيان من يقع عليه عبء الإثبات ، وفئة تختص بالإجراءات الشكلية التي يتعين اتباعها في صدد تقديم كل دليل . وانقسمت الشرائع مذاهب ثلاثة : الأول يجمع بين قواعد الإثبات بقسميها الشكلي والموضوعي في تشريع مستقل ، يسمى في التشريعين الإنجليزي والأمريكي Law of evidence . وقد اتبعت الجمهورية السورية ذات الأسلوب فأصدر المشرع السوري القانون رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ خاصاً بالإثبات أسماه قانون « البينات في المواد المدنية والتجارية » . أما المذهب الثاني فيجمع قواعد الإثبات من ناحيتها الموضوعية والشكلية إلا أنه يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات ، وذلك ما فعلته التشريعات الجرمانية والقانون السويسري . والمذهب الثالث يفرق بين القواعد الموضوعية ، إذ يوردها في القانون المدني ، وبين القواعد الشكلية إذ يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات ، وقد أخذت أكثر الشرائع اللاتينية ، ومنها القانون الفرنسي ، بهذا المذهب .

٤١٩ – أما المشرع المصري ، فقد كان متأثراً بالقانون الفرنسي عند وضع القانون المدني الحالي ، وقانون المرافعات الملغي ، فضمن القانون المدني القواعد المتعلقة بموضوع الإثبات règles de fond في الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول منه ، أما القواعد المتعلقة بالإجراءات فقد اختص ببيانها قانون المرافعات الملغي في المواد من ١٥٦ – ٢٩١ ، وإن كان هذا القانون قد تعرض مع ذلك لبعض القواعد الموضوعية مثل النص في المادة ١٥٦ على أنه « يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها

جائزاً قبولها » ، وفي المادة ٢٤٦ على أن « رأي الخبير لا يقيد المحكمة » ، وفي المادة ٢٦٠ على أن « للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها » ، وأجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير[١] .

٤٢٠ – ثم كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، شاملا للقواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات ، وفي ذلك تيسير على صاحب الحق في التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء ، وتجنب الصعوبات التي تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التي تجمع بينها حتى ليتعذر في كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعي خالص أو إجرائي خالص[٢] .

٤٢١ – والمعنى القانوني للإثبات هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق ، لأن الشارع لم يبح التمسك بأي دليل وحتم توفر أدلة معينة دون أخرى لإثبات بعض الحقوق ، فمثلا لا يسمح القانون بالإثبات بشهادة الشهود فيما تجاوزت قيمته عشرين جنيهاً بل أوجب الإثبات بالكتابة إلا في المواد التجارية وحيث يوجد اتفاق أو نص طبقاً للمادة ٦٠ من قانون الإثبات ، ومهما كان اعتقاد القاضي بصحة الدليل غير الجائز قانوناً فإنه لا يمكنه الأخذ به ، بل لا يصح له أن يقضي بعلمه هو ، ولذلك يجب عليه أن يتنحى عن نظر قضية له فيها معلومات شخصية

(١) أنظر أحمد نشأت : رسالة الإثبات ١٩٧٢ ج ١ ص ٩ – وقارن السنهوري ، الوسيط ج ٢ ص ١٨ وهامش (٣) إذ يقول إنه « ما كان باليسير على واضعي تقنين المرافعات أن ينقلوا ما أورده من هذه القواعد الموضوعية فهي متصلة اتصالا وثيقاً بما تضمنها من قواعد الإجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦ » .

(٢) والإثبات لغة ، هو تأكيد الحق بالبينة ، والبينة الدليل أو الحجة .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات « إن قواعد الإثبات لها أهمية خاصة إذ أن الحق – وهو موضوع التقاضي – يتجرد من كل قيمة إذ لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه ، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه ، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء . . . » .

علم بها خارج مجلس القضاء ، وهذا هو الرأى المعوّل عليه ، كما سبق أن ذكرنا ، فى الشريعة الغراء [١] . وقد أجمع علماء القانون والقضاء فى فرنسا على أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى ، كما أنه وفقاً للقانون الإنجليزى لا يستطيع القاضى الجالس لنظر دعوى أن يكون شاهداً فيها ، وإذا ترك مجلس القضاء وشهد لا يمكنه أن يعود إلى مجلسه أو يشترك فى أى عمل يتعلق بالدعوى [٢] . وكانت المادة الثانية من مشروع قانون الإثبات الموحد بين مصر وسوريا تنص صراحة على أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى . ولكن ليس من قبيل قضاء القاضى بعلمه ما يحصله من خبرته بالشئون العامة المفروض علم الكافة بها . وقد قررت محكمة النقض أنه ليس من قبيل قضاء القاضى بعلمه أن تقول المحكمة فى حكمها إن ثمن القطن فى السنين المقدم عنها الحساب كان ثلاثة أضعاف ثمنه فى سنة لاحقة ، فإن هذا القول لم يكن صدوره منها عن علم قضاتها الشخصى ، وإنما هو من

(١) أنظر هامش (٢) ص ١٩٤ – ١٩٥ • ونضيف هنا ما جاء فى كتاب « طرق القضاء » للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٣٥ حيث يقول « إن المتقدمين والمتأخرين من المشايخ اتفقت كلمتهم على أن القاضى لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى ، غير أنه إذا أتى بالسكران ينبغى أن يعزره لأجل التهمة لما قام به من أمارات السكر ولا يكون ذلك حداً . وأما حد القذف والقصاص وجميع حقوق العباد – كالنكاح والطلاق والقتل والسرقة – فذهب المتقدمين أن القاضى يجوز له أن يقضى فى ذلك بعلمه ومذهب المتأخرين عدم جواز ذلك . استدل المتقدمون على ما ذهبوا إليه بأن القضاء بالبينة جائز بالإجماع ، فيجوز القضاء بعلم القاضى بطريق الأولى لأن المقصود بالبينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضى بالحادثة ، وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى وأكبر الظن ، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى ، إلا أنه لا يقضى به فى الحدود الخالصة لأن الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، ولأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فى هذا العلم لو اطلع على ما يوجب حداً خالصاً ، ولكن غير القاضى إذا علم لا تمكنه إقامة الحد فكذا هو » . وفى نيل الأوطار عن أبى على الكرابيسى ما نصه « لا يقضى القاضى بما علم لوجود التهمة . إن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضى السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه والتفريق بينه وبين من يحب ، ومن ثم قال الشافعى لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه » .

(٢) أنظر هالزبرى **Halsbury's Laws of England** وقد جاء به أنه يصح للقاضى أن يحكم بمقتضى ما هو معروف للناس عموماً **universal notoriety** – ص ٦٣٢ رقم ٦٩٢ .

التحصيل المستقى من الخبرة بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها . ومن هذا القبيل قضاء المحكمة فى شأن تحديد ما يخصم مقابل طعام عمال المؤسسة « بأنه ليس صحيحاً أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام بل يجهز لهم طعام قليل التكاليف » . وقضاؤها بأن وقوع الحادث فى منتصف الشهر العربى قرينة على أن القمر فى مثل هذه الليلة يكون فى العادة ساطعاً ، وذلك فى سبيل التدليل على إمكان الرؤية . وقضاؤها بأن العرف قد جرى فى الريف على حدوث منازعات بين الجيران بسبب التنازع على مياه الرى أو أجران الدرس [١] .

بيد أنه لا يجوز القضاء فى المسائل الفنية بعلم القاضى بل يجب الرجوع إلى أهل الخبرة [٢] .

عبء الإثبات

٤٢٢ – على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه [٣] ،

(١) مجموعة القواعد القانونية فى ربع قرن ، ص ٥٦٥ بند ١٨٨ – مجموعات الأحكام الجنائية س ٨ ص ٥٩٥ ، س ١٧ ص ٢٦٦ ، س ١٩ ص ١١٠٣ .

(٢) أنظر مجموعة الأحكام المدنية س ١٥ ص ٣٩٥ ، ومجموعات الأحكام الجنائية س ١٠ ص ٢٢٣ و ٢٢١ ، س ١١ ص ٢٣١ و ٨٤٨ و ٨٠٤ و ٩١٨ ، س ١٣ ص ٢٣٦ ، س ١٥ ص ٩٢ و ١٢٦ ، س ١٨ ص ٦٩٠ و ٧٢٦ و ٨٨٧ و ١١١٠ ، س ١٩ ص ٢٣ و ٥٤٦ و ٨٥٠ ، س ٢٠ ص ٨٢٨ .

– هذا وقول المحكمة إن الضرب على قمة الرأس يمكن حدوثه من ضارب يقف أمام المجنى عليه أو خلفه لا يحتاج إلى خبرة – نقض جنائى س ٢٠ ص ٢٢٣ .

(٣) المادة الأولى من قانون الإثبات المصرى .

– وقضت محكمة النقض بأنه « إذا نازع المحكوم عليه فى فقد الصورة التنفيذية الأولى فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية للخصم الذى يطلبها إلا إذا أثبت هو فقد الصورة الأولى منه لأنه هو الذى يدعى واقعة الفقد فيتحمل عبء إثبات ما يدعيه وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لأنه إنما يثبت واقعة مادية وشأنه فى ذلك شأن الدائن الذى يطلب إثبات دينه بغير الكتابة لفقد سنده الكتابى ولئن كان المشرع لا يشترط فى حالة فقد الصورة التنفيذية ما اشترطه فى حالة فقد السند الكتابى من وجوب إثبات أن الفقد كان بسبب أجنبى لا يد للدائن فيه . وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يتحقق من فقد الصورة التنفيذية الأولى واعتبر فقدها ثابتاً مما قرره المدعى نفسه فى صحيفة دعواه من ضياعها وعدم قيام دليل ينقض هذا الادعاء ، فإنه يكون قد خالف القانون بمخالفة قواعد الإثبات » – نقض ١٥ مايو ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٧٩١ .

ذلك أن الأصل عدم المديونية أو براءة الذمة . وهذا الأصل متفق عليه في جميع الشرائع وفي الشريعة الإسلامية على ما ذكرنا في الكتاب الأول . ويصح القول بأن عدم المديونية أمر ثابت أصلا ، والدين الثابت قانوناً بسند مثلا أمر ثابت عرضاً ، لأنه ليس ثابتاً أصلا كعدم المديونية وإنما عرضاً بسبب الدين . فالمكلف بالإثبات إذاً هو من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرضاً .

وظاهر من ذلك أن عبء الإثبات كما يقع على المدعي لإثبات دينه مثلا ، كذلك قد يقع على المدعى عليه لإثبات تخلصه من الدين . وإذا كان ثم تعاقد بين شخصين ينشىء التزامات متقابلة التزم بها كل منهما للآخر ، يجب على كل منهما إثبـات التزام الآخر له والتخلص من التزامه للآخر بغض النظر عمن كان المدعي أصلا في الدعوى ومن كان المدعى عليه[1] . ويجب على مدعي الإلتزام أن يثبت الدعوى حتى ولو عجز المدعى عليه عن إثبات دفعها[2] ، وإن كان يصح في بعض الأحوال اعتبار عجز المدعى عليه عن الإثبات قرينة قضائية لصالح المدعي ضمن أدلة أخرى كما هو الشأن إذا كان كلا المدعي والمدعى عليه يتمسك بالتقادم لأن القاضي يمكنه استنباط القرينة القضائية من أي طريق،ولو من تحقيقات باطلة .

٤٢٣ — كذلك جعل الشارع من بعض الأمور قرينة قانونية على اكتساب بعض الحقوق ، وهذه القرينة نوعان : قاطعة أي لا يصح إثبات ما يخالفها كقوة الشيء المحكوم فيه ، وغير قاطعة وهي ما يصح إثبات ما ينقضها كالقرينة المنصوص عليها في المادة ١٣٧ مدني التي تنص على أن « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك » .

وقد ينشأ عبء الإثبات عن قرينة قضائية ، فقد قررت محكمة النقض أنه إذا لم يوجه المرسل إليه إلى الناقل البحري أو وكيله بميناء التفريغ

(١) نقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٢ س ٤ ص ٢٠٧ .

(٢) فلا يصح أن تقام المسئولية التقصيرية مثلا على خطأ لم يدعه المدعي متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته ، إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعي المضرور ، ولا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبته ، ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ . كما لا يجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملزم أيضاً بإثبات الضرر .

« احتجاجاً » بشأن عجز أو تلف البضاعة وقت استلام الرسالة ، فإن هذا يعد قرينة على أن الناقل قد سلم البضاعة بالمطابقة لجميع الشروط والأوصاف المبينة في سند الشحن ، فتقديم صورة مطبوعة من خطاب يتضمن احتجاجاً لا يكفي ، بل يجب على المرسل إليه إثبات إرسال هذا الخطاب للناقل[1] .

ومما تقدم يبين أن المكلف بالإثبات هو من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرضاً أو خلاف الظاهر ، أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة ، أو خلاف قرينة قضائية .

والقاعدة الشرعية أن البينة على من ادعى . والمدعي ، أي المكلف بالإثبات لا من رفع الدعوى ، هو من يروم إثبات أمر خفي يريد به إثبات أمر جلي[2] . وقيل إن المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه . وقال صاحب تكملة ابن عابدين إن هذا أحسن التعاريف وأصحها[3] .

والقاعدة الإنجليزية أن من يدعي حقاً أو يدفعه أي يدعي التخلص منه ، عليه الإثبات[4] .

أما القاعدة الفرنسية فهي ، كما جاء في المادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي « من يطالب بتنفيذ تعهد وجب عليه إثباته ، ومن ادعى التخالص وجب عليه إثبات الدفع الذي انقضى به ذلك التعهد » . ويقول الشراح إنه يلزم بالإثبات أيضاً من أراد إثبات أمر ضد الحالة الطبيعية أو العادية للأشياء ، أو ضد مركز حازه شخص[5] ، أو من ادعى شيئاً ضد الواقع أو حالة الأشياء التي هي عليها[6] .

(١) نقض مدني ٥ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ٧٨ .

(٢) الدكتور عبد السلام ذهني ، المداينات ج ١ ص ١٠٣ .

(٣) الشيخ علي قراعة ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ص ٥ ، ٦ . — وراجع ما ذكرناه بالكتاب الأول عن طرق الإثبات الشرعية ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

(٤) He who asserts must prove

(٥) Contraire à l'état normal ou habituel des choses ou bien à une situation acquise.

(٦) دمولومب Demolombe ج ٢٩ رقم ١٨٧ — لارومبيير Larombière ، تعليق على المادة ١٣١٥ رقم ١٦ .

– هذا وتجب ملاحظة أن عجز المدعى عليه عن الإثبات لا يفيد المدعى متى كان هو المكلف بالإثبات أصلا ، فمثلا إذا ادعى شخص ملكية عقار فى حيازة آخر كان عليه إثبات ذلك ولا يصح له أن يستفيد من عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته بالتقادم . كما تجب ملاحظة أن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام فى شىء لأنها وضعت لحماية الخصوم فقط لا لإرشاد القضاة ، ويمكن تعديلها وجعل عبء الإثبات على عاتق أحد الطرفين بدل الآخر باتفاقهما ، كما أن صاحب تلك الحماية يمكنه التنازل عنها أثناء سير الدعوى(١) .

الإثبات فى الاتحاد السوفيتى(٢)

٤٢٤ – المبدأ الأساسى الذى يحكم الإثبات فى الخصومة المدنية فى الاتحاد السوفيتى ، هو مبدأ بحث القاضى عن الحقيقة الموضوعية بأية وسيلة . ويستند

(١) قررت محكمة النقض أنه لا يصح النعى على المحكمة بأنها قلبت قواعد الإثبات إذا استندت فى قضائها إلى دليل قدمه الخصم غير المكلف بالإثبات ، لأن النعى بذلك لا يصح إلا إذا كانت الدعوى غير ثابتة وتقول هى بثبوتها على أساس أن المدعى عليه هو الذى عجز عن إثبات مدعاه . أما إذا كانت الأدلة قد قدمت للمحكمة وأصبحت الدعوى ثابتة أمامها فلا يلتفت إلى من قدمها ، فإن الخصم إذا تبرع بإثبات دعوى خصمه لا يتعين اطراح دليله وعدم الأخذ به – نقض ٢٥ مايو ١٩٦٧ س ١٨ ص ١١٠٥ و ١١٣٥ .

– كما قررت أيضا أن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فمتى كان الطاعن قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه فليس له أن ينعى بعد ذلك على الحكم إجابته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه – ٢٦ نوفمبر ١٩٥٣ س ٥ ص ٢٠٣ .

(٢) تتأثر نظرية الدعوى فى القانون السوفيتى بالاتجاه الذى يأخذ به هذا القانون بالنسبة للحقوق الموضوعية ، فالقانون المدنى السوفيتى يأخذ بمبدأ الملكية العامة وبمبدأ إدخال جميع أعمال الإنتاج والتعامل – حتى ما تعلق منها بالملكية الخاصة – فى نطاق هيكل التخطيط الاقتصادى . فتحقيق الخطة يجب أن يكون هدفاً لكل نشاط اقتصادى فى المجتمع الاشتراكى ، والعقود جميعاً سواء ما تعلق منها بالملكية العامة أو بالملكية الشخصية التى للمواطنين الأفراد بالنسبة لسلع الاستهلاك المباشر ليس لها سوى هذا الهدف . وقد أدى هذا الاتجاه إلى تحول الحق الموضوعى من « حق خاص » أى من رابطة قانونية بين شخصين تتميز بقابليتها للتصرف فيها ، سواء فى جانبها الإيجابى أو السلبى ، إلى « مال عام » يتكون من مركز status قانونى أحد أطرافه الدولة باعتبارها ممثلة للشعب ، وهى بهذه الصفة صاحبة كل ملكية وكل دين – وطرفه الآخر هو الطرف السلبى الخاضع لسلطة الدولة . وليس معنى هذا إلغاء فكرة المصلحة –

هذا المبدأ إلى الحل الذى تعطيه الفلسفة الماركسية اللينينية لمشكلة الحقيقة ، فالإنسان – وفقاً لهذه الفلسفة – فى مقدوره أن يعرف الحقيقة الموضوعية ،

– الخاصة للشخص ، وإمكانية وجود تنازع بين هذه المصالح الفردية الخاصة ، ولكن الحماية القضائية لا تمنح لهذه المصالح الخاصة إلا إذا بدت كوسائل مفيدة فى سبيل تحقيق المركز القانونى المطلوب فى المجتمع الاشتراكى ، فهذا المركز القانونى هو المحل الأول للحماية القضائية . ونتيجة لهذا فإن استعمال الدعوى فى الاتحاد السوفيتى يعتبر ، شأنه شأن استعمال الحقوق الموضوعية ، وظيفة اجتماعية ، وتعتبر الخصومة مجرد الشكل اللازم للقيام بهذه الوظيفة ، وإعمالا لهذه المبادىء تنص المادة الخامسة من المجموعة المدنية الأساسية للاتحاد السوفيتى على أن « يحمى القانون الحقوق المدنية ما لم تستعمل لهدف يتعارض مع هدفها فى المجتمع الاشتراكى . » ويقوم القاضى فى هذا الشأن برقابة اجتماعية وسياسية لاستعمال الحقوق ، وهو إذا رفض منح الحماية القضائية فى إحدى الحالات يجعل الحق مجرد مصلحة بغير حماية ، وهو بهذا يجعل الحماية القضائية لا فى خدمة المصالح الخاصة وإنما فى خدمة أهداف الدولة اجتماعية كانت أو سياسية . والفقهاء السوفييت عندما يتكلمون عن عناصر الدعوى يستبعدون الكلام عن أى عنصر شخصى ، فالدعوى ترمى إلى تحقيق هدف عام هو تطبيق القانون ضمن الإطار الاشتراكى ، ويستوى أن يطبق القانون بواسطة طلب من صاحب الحق الموضوعى أو من أى شخص آخر . ولهذا فإن الفقه السوفيتى لا يهتم بفكرة الصفة فى الدعوى سواء تعلق الأمر بصفة المدعى أو صفة المدعى عليه . وهذا ينعكس آثاراً أهمها : ١ – أنه يمكن رفع الدعوى من غير صاحب الحق أو المصلحة المعتدى عليها . ٢ – لا يجوز النزول عن الدعوى إلا بموافقة المحكمة ، ووفقاً للمادة ٢٤ من قانون المرافعات الأساسى لا يجوز للمحكمة أن توافق على نزول المدعى عن دعواه إذا كان هذا النزول مخالفاً للقانون أو ماساً بالحقوق والمصالح المشروعة للآخرين . ٣ – قبول المدعى عليه لطلبات المدعى لا ينتج أثره إلا بموافقة المحكمة . فهنا تجرى المحكمة رقابتها فى سبيل التأكد من عدم مخالفة هذا القبول للقانون أو عدم انتهاكه للحقوق والمصالح المشروعة لأحد الطرفين . ٤ – الحلول محل المدعى أو المدعى عليه . فوفقاً لما تنص عليه المادة ٢٦ / ١ فى مرافعات أساسى « إذا تبينت المحكمة أثناء سير الدعوى أن المطالبة القضائية قد قدمت من طرف ليس هو صاحب الحق فى الدعوى أو ضد طرف غير من يجب أن ترفع ضده ، فإن لها – دون أن ترفض الدعوى – أن تأذن بحلول المدعى أو المدعى عليه الحقيقى محل المدعى أو المدعى عليه فيها » . ومفاد هذا النص أنه متى رأت المحكمة أن المدعى أو المدعى عليه ليس له صفة فى الدعوى ، فإنها تأمر بإخراجه وإدخال ذى الصفة الحقيقى محله . ونظام الحلول فى القانون السوفيتى يؤدى فى العمل إلى آثار هامة ، ويضرب الأستاذ كلمندريه ، نقلا عن Maurach ، مثالا لتطبيق تشالى لهذا النظام : رفعت دعوى نفقة من أم ضد شخص تزعم أنه والد طفلها . رفضت المحكمة الدعوى على أساس أن المدعى عليه لم يحدث بينه وبين المدعية أى اتصال . فنقضت المحكمة العليا بإلغاء هذا الحكم وقررت أنه كان من واجب محكمة أول درجة ، أن تبحث من تلقاء نفسها من يكون الرجل والد الطفل وأن تدخله فى الدعوى مدعى عليه محل المدعى عليه فيها – Calamandrei : op. Cit. p. 327. – وانظر الدكتور فتحى والى ، قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفيتى ص ٢٢ – ٣٠ .

ولهذا وإن ما تنتهى إليه المحكمة بالنسبة لوقائع القضية والعلاقات القانونية بين الخصوم يجب أن يتصل بالوقائع الحقيقية وبالحقوق والواجبات الحقيقية للخصوم .

محل الاثبات

٤٢٥ — يعتبر محلا للإثبات ، وفق نص المادة ١/١٧ من قانون المرافعات الأساسى للاتحاد السوفييتى ، الوقائع **facts** التى على أساسها تتأكد المحكمة بالوسيلة التى ينص عليها القانون من وجود أو عدم وجود الظروف **Circumstances** المثبتة لادعاءات ودفاع الخصـــوم أو الظروف المنتجة لحكم صحيح فى القضية . ويتميز محل الإثبات فى القانون السوفييتى ، نتيجة لمبدأ البحث عن الحقيقة الموضوعية ، بخصيصتين :

١ — أن من واجب المحكمة — وبغير أن تقيد نفسها بالمرافعات والأدلة المقامة — أن تطلب إيضاحاً كاملا وصحيحاً للوقائع الحقيقية فى القضية (م ١٦ / ١ مرافعات أساسى) . ومعنى هذا أن الإثبات قد يرد على وقائع غير مشار إليها فى ادعاءات الخصوم أو دفاعهم ما دامت هذه الوقائع ، فى رأى المحكمة ، لازمة لتكوين اقتناعها ولتحديد حقوق الخصوم والتزاماتهم .

٢ — أن الإثبات يرد على الوقائع ولو كانت غير متنازع عليها بين الخصوم . فليس هناك « وقائع غير متنازع عليها » تلزم القاضى ببناء حكمه عليها ، فإذا اتفق الخصوم على واقعة معينة ، فإن القاضى أن يأمر بإثبات هذه الواقعة بحثاً عن الحقيقة ، فالقاضى وحده هو الذى يحدد الوقائع التى تحتاج إلى إثبات .

عبء الاثبات

٤٢٦ — وفقاً للمادة ١/١٨ مرافعات أساسى « على كل خصم أن يثبت الوقائع التى يستند إليها فى ادعاءاته أو دفاعه » ، فعبء الإثبات إذن يقع على الخصم الذى عليه أن يثبت ما يستند إليه من وقائع . وفضلا عن المدعى والمدعى عليه ، فإن أدلة الإثبات يمكن أن تقدم من غيرهما من المشتركين فى الخصومة ، فيمكن أن يقدم الدليل من المتدخلين أو المختصمين فى الدعوى كما يمكن أن يقدم من النيابة العامة ومن بعض الهيئات الجماعية التى يسمح لها القانون بالاشتراك فى الخصومة . وهذه القاعدة تنص عليها أيضاً مجموعة

المرافعات لبعض الجمهوريات ، وليس فيها خروج عما نعرفه فى مصر ، أو بعض الدول التى نعرف قوانينها مثل فرنسا وإيطاليا .

دور القاضى فى الاثبات

٤٢٧ — من الجلى أن الأخذ بمبدأ أن عبء الإثبات على الخصوم لايتفق مع الفلسفة التى يصدر عنها تنظيم موضوع الإثبات فى القانون السوفييتى ، ولهذا فإن هذا المبدأ لا يطبق وحده هناك إلا فى حالات نادرة ، والأغلب الأعم من القضايا تصدر فيها الأحكام ، لا وفقاً لتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم ، ولكن على أساس « الحقيقة الموضوعية » التى يتوصل إليها القاضى بموجب سلطته . فالقاضى يلتزم بالبحث عن الحقيقة الموضوعية ، وهو لا يتقيد بالوقائع التى يثبتها الخصوم ، ولكنه يسعى إلى البحث عن الوقائع الحقيقية اللازمة لتحديد الحقوق والالتزامات الحقيقية للخصوم . وهذا الوضع فى الاتحاد السوفييتى يمليـــه اعتباران : وجوب تحقيق العدالة الحقيقية ، لا العدالة الشكلية ، على تقدير أن الحكم الذى يصدر على أساس توزيع عبء الإثبات بين الخصوم بغير دور إيجابى من القاضى يؤدى إلى عدالة شكلية ، وهى عدالة تكون دائماً فى مصلحة الطبقة البورجوازية القادرة دائماً على القيام بهذا العبء[١] . والاعتبار الثانى ، أن الوظيفة التعليمية للقضاء المدنى تتعارض مع إصدار أحكام تقوم على وقائع لا تتفق مع الحقيقة الموضوعية . إن كل قضية ، حتى القضايا المدنية ، تتجاوز فى أثرها أطرافها ويكون لها صدى فى المجتمع . ولن يكون القضاء دوره فى غرس احترام القانون بين أفراد المجتمع ، ولن يكون لأحكام القضاء صدى طيب بين الناس ، إلا إذا صدر الحكم على أساس الوقائع الحقيقية[٢] .

---

(١) وفى هذا يقول لينين « كيف يمكن أن يقف العامل فى نزاع مع رب العمل ، أو الخادم مع صاحب الأرض . وبصفة عامة الفقير مع الغنى » .

(٢) ووفقاً للمادة ٨٠ من مجموعة المرافعات الروسية مثلا ، ولها نظير فى مجموعات المرافعات لكثير من جمهوريات الاتحاد السوفيتى ، القاضى أن يطلب من المدعى عليه أو من أى شخص خارج الخصومة مستندات أو معلومات ، وله أن يتأكد ، بواسطة استجواب المدعى ، عما يمكن أن يثيره المدعى عليه من اعتراضات ، ويطلب من المدعى تقديم أدلة الإثبات اللازمة لدحضها . وهكذا يضع القانون السوفيتى تحت تصرف القاضى وسيلة فعالة هى استجواب الخصوم . والاستجواب هنا ليس له وظيفة الاستجواب فى القانون المصرى —

الجهل بالقانون فى الاتحاد السوفيتى

٤٢٨ – يصعب أن نتصور إزاء هذا الدور الإيجابى الذى يضطلع به القاضى السوفيتى عند نظر الدعوى ، وتدخله غير المحدود فى سيرها ، وتعاونه إلى أبعد مدى مع الخصوم فى البحث عن الحقيقة ، أن يقع هؤلاء فريسة الجهل بالقانون أثناء سير الخصومة ، أو أن تضيع ، نتيجة هذا الجهل، حقوقهم الناشئة عن العلاقات القانونية التى تقوم بين بعضهم البعض . بل إننا نجد المادة الخامسة من مجموعة المرافعات الروسية تنص على أنه « على المحكمة أن تتأكد بأية وسيلة من الحقوق والروابط القانونية الفعلية بين الخصوم المتنازعين ، ولهذا – وبغير التقيد بما يقدمه الخصوم من أدلة أو طلبات إثبات – على المحكمة عن طريق استجواب الخصوم ، العمل على أن تتضح جميع الظروف الواقعية الجوهرية المتعلقة بالقضية ، فتقدم بهذه الوسيلة للعمال الذين لجأوا إلى المحكمة مساعدة فعالة حماية لحقوقهم ومصالحهم المشروعة ، وتمنع من أن يضار هؤلاء من جراء جهلهم بالقانون أو بسبب مستواهم الثقافى أو غير ذلك من الظروف . . . » .

أدلة الإثبات

٤٢٩ – أدلة الإثبات التى ينص عليها القانون السوفيتى هى ذات الأدلة المعروفة فى القانون المصرى عدا حلف اليمين الذى لا يعتبر هناك دليلا للإثبات. بيد أن مبدأ « البحث عن الحقيقة الموضوعية » بالطرق كافة ، يخيم على قوة أدلة الإثبات هناك . والقاعدة البارزة فى هذا الصدد هى حرية اقتناع المحكمة

= حيث يرمى إلى الحصول على إقرار من الخصوم بوقائع قانونية مدعى بها ، ولكنه يعتبر وسيلة يوسع بها القاضى نطاق بحثه حول وقائع القضية ، وبالتالى يعتبر وسيلة بمقتضاها يبنى القاضى حكمه على جميع الوقائع الحقيقية المنتجة فى الدعوى ولو لم تكن مدعى بها من الخصوم– Cappelleti : op. Cit. p.p. 60—61 – وانظر فتحى والى ، المرجع السابق ص ٩٦–٩٧ والمراجع المشار إليها بالهامش – رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٣ ص ٦٥٢ .

– وقارن حكم محكمة النقض المصرية الذى جاء فيه أن « الحكم متى أصبح نهائيا وباتاً صار عنوان حقيقة هى أقوى من الحقيقة نفسها مما لا يصح معه النيل منها بمجرد دعوى غير حاسمة ، والقول بغير ذلك مضيعة لوقت القضاء وهيبته ومجلبة لتناقض أحكامه ما بقى الأمر معلقا بمشيئة المحكوم عليهم كلما حلا لهم تجديد النزاع وإعادة طرحه على القضاء – نقض جنائى ٣١ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٤٢ .

التى تعبر عنها المادة ١٩ من قانون المرافعات الأساسى بقولها « تقدر المحكمة أدلة الإثبات وفقاً لعقيدتها الداخلية التى تستند إلى الفحص الكامل والشامل والعادل لكل وقائع القضية فى مجموعها ، مسترشدة بالقانون وبالفكرة الاشتراكية للعدالة . وليس لأىّ دليل إثبات قيمة فى ذاته أمام المحكمة » . وإعمالا لهذه القاعدة ، من المقرر فى القانون السوفيتى أن للمحكمة أن تعتبر واقعة ما ثابتة استناداً إلى العلم الشخصى بالواقعة من جانب أحد أعضاء المحكمة (المادة ١٥٢ مرافعات روسى) وهى نتيجة تخالف ما يأخذ به القانون المصرى وكثير غيره من القوانين التى سبق لنا ذكرها ، من عدم جواز قضاء القاضى بعلمه تحقيقاً لحياده ، كما تخالف الراجح فى الفكر الإسلامى فى هذا الشأن .

كما لا يؤخذ فى القانون السوفيتى بقوة الإقرار كدليل للإثبات ، فالإقرار شأنه شأن أى دليل إثبات آخر يخضع لتقدير المحكمة التى تقوم بفحص الإقرار لكى تمنع الخصوم من التوسل به إلى نتائج غير مشروعة أو إلى إخفاء الحقيقة عنها .

حجية الأمر المقضى

٤٣٠ – يحوز الحكم حجيته فى حدود الرابطة القانونية التى أكدها الحكم وبالنسبة للوقائع القانونية التى استند إليها (١) ، وهو ما يعنى أن الحجية لا تقتصر على المنطوق بل تمتد أيضاً إلى أسباب الحكم . بيد أن حجية الأمر المقضى لا تلحق الحكم بمجرد صدوره ، وإنما بصيرورته نهائياً ، وهو ما يعنى أن القانون السوفيتى لا يعرف التفرقة التى نعرفها بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى(٢) . ومن ثم تنص المادة ٣٩ / ٣ من قانون المرافعات

(١) المادة ٣٩/٢ مرافعات أساسى . ووفقاً للمادة ٢١ يحوز الحكم الجنائى النهائى حجية أمام القضاء المدنى فيما يتعلق بوجود الجريمة وبتحديد مرتكبها . والحجية مقصورة على أطراف الخصومة التى صدر فيها الحكم ، سواء كانوا خصوماً ممن اشتركوا فيها أو لم يشتركوا ، ولا يعرف التشريع الروسى طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، وإنما يكون للغير الذى يمس الحكم حقا له أن يرفع دعوى لتقرير حقه – فتحى والى ، المرجع السابق ص ١١٤ .

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن « القضاء النهائى يحوز قوة الأمر المقضى فيما يفصل فيه بصفة صريحة أو ضمنية حتمية ، سواء فى المنطوق أو فى الأسباب المتصلة به اتصالا وثيقاً بحيث لا يقوم بدونها » – نقض مدنى ١٩ مايو ١٩٦٦ س ١٧ ص ١١٨٩ . =

الأساسى على أنه « إذا أصبح الحكم نهائياً ، فلا يجوز للخصوم وغيرهم من المشتركين فى القضية أو خلفائهم رفع نفس الدعوى استناداً إلى نفس الأسباب ، أو أن ينكروا فى قضية أخرى الوقائع والروابط القانونية التى أكدتها المحكمة » .

— كما قضت بأن « الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها تكون معه وحدة لا تتجزأ وبذلك يرد عليها ما يرد عليه من قوة الأمر المقضى » — نقض ٢٠ يونيو ١٩٦٨ س ١٩ ص ١١٩٠ . وقررت كذلك أن المنع من إعادة النزاع فى المسألة المقضى فيها شرطه وحدة المسألة فى الدعويين ، وقوام هذه الوحدة أن تكون المسألة أساسية تناقش فيها الطرفان فى الدعوى الأولى واستقرت بينهما حقيقتها بالحكم الأول ، وتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه أى الطرفين قبل الآخر فى الدعوى الثانية من حقوق متفرعة عنها — نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٣ س ١٤ ص ١١١٩ . ومن شأن هذا المنع أن تمتنع العودة إلى مناقشة هذه المسألة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى تلك الدعوى أو أثيرت ولم يبحثها ذلك الحكم — نقض ٦ يونية ١٩٦٣ س ١٤ ص ٧٨٦ .

— وقضت محكمة النقض مؤخراً بأن « لكل حكم قضائى قطعى حجية الشىء المحكوم فيه من يوم صدوره ولو كان قابلا للطعن فيه ، إلا أن هذه الحجية مؤقتة وتقف بمجرد رفع الاستئناف ، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجيته ، وإذا ألغى زالت عنه هذه الحجية . ويترتب على وقف حجية الحكم نتيجة لرفع الاستئناف عنه أن المحكمة التى يرفع إليها نزاع فصل فيه هذا الحكم لا تتقيد بهذه الحجية طالما لم يقض برفض هذا الاستئناف قبل أن تصدر حكمها فى الدعوى — نقض مدنى ١٨ إبريل ١٩٦٨ س ١٩ ص ٧٩٥ .

ونحن نرى أن هذا القضاء محل نظر ، ذلك أن الحجية لا تنفك عن الحكم إلا أن يقضى بإلغائه ، والقول بأن مجرد الطعن فى الحكم يقف حجيته هو قول يفتقر إلى الأساس القانونى وتبعاً لذلك فإن حجية الحكم الصادر فى نزاع معين تمنع من إعادة طرح النزاع نفسه على محكمة أخرى ، وإذا حدث وطرح على محكمة أخرى تعين عليها أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الذى حاز حجية الشىء المقضى فيه ولو كان مطعوناً عليه بالاستئناف . وإذا كان الحكم صادراً من محكمة الموضوع ، فإنه لا يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يقيم حكمه بالإجراء الوقتى على أساس يغاير ما قضت به محكمة الموضوع ولو كان حكمها قد طعن فيه ، دفعاً للمساس بالمركز القانونى الناشىء عن الحكم . هذا وإنه وإن كان الأصل فى الأحكام المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى ، إلا أن هذا ، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض نفسها ، لا يمنع جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم هو ، والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها تغيير — نقض ٧ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢١٠ .

— ويجدر أن أشير بهذه المناسبة إلى أن الإعلام الشرعى تنقع حجيته وفقاً لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة الخاصة ، ذلك أن الإعلام الشرعى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم —

بذلك نكون قد عرضنا فى عجالة لأهم سمات قواعد الإثبات فى الاتحاد السوفييتى ، والدور الذى يقوم به القاضى هناك فى الإثبات ، وقاعدة الاعتذار بالجهل فى القانون السوفييتى .

ونتكلم الآن على سلطات القاضى المصرى فى تطبيق القانون ، مع الإشارة إلى أوجه الخلاف والاتفاق فى هذا الشأن بين القانون المصرى وكل من القانونين الفرنسى والسوفييتى ، ثم نثنى ببيان بعض أدلة الإثبات وأثر الجهل بالقانون فيها ، مقارناً بالفقه الإسلامى والقانون الفرنسى ، ونثلث بالتحدث عن تطبيق القاضى للعرف بحسبانه — فى رأينا — يأخذ حكم القاعدة القانونية ، ثم نفرد مبحثاً أخيراً نجلو فيه أحكام تطبيق القاضى للقانون الأجنبى .

المبحث الأول

سلطات القاضى فى تطبيق القانون

٤٣١ — نسارع إلى القول بأن الإثبات لا يرد على أحكام القانون ، لأن تطبيق القانون على واقعة النزاع هو من عمل القاضى وحده [1] ، وليس على الخصوم إلا أن يثبتوا أمام القضاء ما يدعونه من تصرفات قانونية أو وقائع مادية ، ولا يكلفون بإثبات القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، ذلك أنهم بطرحهم النزاع أمام القضاء إنما يطلبون الفصل فى الدعوى طبقاً لأحكام القانون ، ومن واجب القاضى بعد بحث الواقع فى الدعوى أن ينزل من تلقاء نفسه حكم القانون على هذا الواقع ، لأن المفروض فى القاضى العلم بالقانون . ويبنى على ذلك أنه إذا قام خلاف بين

— به السلطة القضائية المختصة فى صورة حكم فى دعوى أصلية أو دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى . وهذا القضاء هو الذى يعول عليه ولو خالف ما ورد بالإعلام دون أن يعد إهداراً لحجيته لأن الشارع أجاز هذا القضاء وحده به من حجية الإعلام الشرعى — نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢١٤ ، ٢٩ يونيو ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٤٨٠ ، ١١ مارس ١٩٦٤ س ١٥ ص ٣٤٠ ، ٩ مايو ١٩٦٢ س ١٣ ص ٦١٩ .

(١) فى الفقه الفرنسى قاعدة مشهورة Avocat passe au fait la Cour sait le droit.

— وراجع نقض ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٥ س ٥ ص ٦٣ ، نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ج ١ رقم ١٤٣ ص ٢٦٠ ، وانظر بلانيول وريبير وجابولد ج ٧ رقم ١٤٠٩ .

طرفى الخصومة بشأن تفسير قاعدة قانونية معينة تتعلق بموضوع النزاع ، فإن القاضى هو المكلف بالبحث والاجتهاد وإنزال صحيح حكم القانون على واقعة الدعوى ، ومن واجبه أن يتقصى حكمة التشريع ودواعيه والاهتداء بآراء الشراح وأحكام القضاء ، وهو لا يعتمد فى ذلك إلا على فهمه الشخصى لأحكام القانون ، وإنزال هذا الفهم على واقعة الدعوى يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض .

التفرقة بين الواقع والقانون ودور القاضى فى الدعوى المدنية

٤٣٢ – يبين مما تقدم أن تطبيق القاضى التلقائى للقاعدة القانونية على وقائع النزاع هو التزام تقضى به طبيعة وظيفته ، والتزامه على هذا النحو مقيد بداهة بحدود النزاع المطروح أمامه ، ومن هنا كانت التفرقة بين الواقع والقانون كأساس لتحديد دور كل من القاضى والخصوم فى الدعوى المدنية[1] . وعلى هدى ذلك يمكن فهم مبدأ حياد القاضى فى الدعوى المدنية والذى يردده فقه المرافعات فى مؤلفاته[2] . فالمقصود بهذا المبدأ هو حياد القاضى فى مجال الوقائع ، فلا يستطيع أن يضيف إلى نطاق الدعوى عناصر واقعية لم يتمسك بها الخصوم ، على الأقل ما لم يتعلق الأمر بالنظام العام[3] .

---

(١) وهو ما عبر عنه فقهاء الرومان بقولهم : أعطنى الواقعة أعطك القانون . **Da mihi factum dabotibi jus**

(٢) راجـع **Planiol et Ripert : par Esmein, traité pratique de droit francais.** جـ ٧ ط ٢ ، باريس ١٩٥٤ رقم ١٤١٦ ص ٨٣٩ .

Glasson. Tissier et morel, Traité élèmentaire de procedure civile. جـ ٢ ط ٣ ، باريس ١٩٢٦ رقم ٥٩٣ ص ٦٥٦ وما بعدها .

– وانظر فى الفقه المصرى ، السنهورى جـ ٢ من الوسيط ص ٣٠ – محمد وعبد الوهاب العشماوى ، قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن جـ ٢ ص ٦٣ .

(٣) أنظر **Motulsky, le role respectif du juge et des parties dans les allégations des faits - étude de droit contemporain.** باريس ١٩٥٩ ص ٣٥٥ وما بعدها . ونقض فرنسى (الدائرة التجارية) ٣٠ يناير سنة ١٩٥٠ **Dalloz** ١٩٥٠ ص ٧١٨ ، (الدائرة الاجتماعية) ١٣ مارس ١٩٥١ **Bull. Civ** رقم ٢٢٣ ، (الدائرة المدنية) أول ديسمبر سنة ١٩٥٢ **Bull. Civ** رقم ٣٤٧ .

– وانظر فى القضاء المصرى نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ س ١٥ ص ٦٨٥ . مع ملاحظة حق القاضى فى الاستناد إلى الوقائع التى لم يتمسك بها الخصوم بصفة أصلية وإنما أثيرت عرضا فى الدعوى للتوصل إلى تطبيق نصوص القانون الآمرة .

ومع ذلك فإن تطور القانون الوضعى ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، قد أدى إلى منح القاضى حق التدخل الإيجابى فى مجال الوقائع فى حالات معينة ، كالأمر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق من تلقاء نفسه ، وما خولته المادة ١١٨ من قانون المرافعات القائم للمحكمة ، ولو من تلقاء نفسها ، من حق إدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

سلطات القاضى فى تطبيق القانون

٤٣٣ – فى هذا المجال يبدو بوضوح الدور الإيجابى للقاضى فى الدعوى المدنية دون التقيد بإرادة الخصوم أو رغباتهم ، إلا فى حدود حقهم فى الاستبعاد الصريح للقواعد القانونية المكملة التى لا تتعلق بالنظام العام[1] ، فلا يتقيد بالنصوص القانونية التى يتمسكون بها تأييداً لطلباتهم ، أو بالتكييف الذى أسبغوه على وقائع النزاع[2] ، فللقاضى دائماً أن يعطى للواقعة وصفها الحق وتكييفها السليم دون أن يتقيد بالتكييف الذى تمسك به الخصوم فى مذكراتهم أو مرافعتهم أمام المحكمة . وقد قضت محكمة النقض بأن « استناد المطعون ضده فى دعواه إلى الخطأ العقدى لا يمنع المحكمة الاستئنافية من أن تبنى حكمها بالتعويض على الخطأ التقصيرى متى ثبت لها توافر هذا الخطأ ، إذ أن استنادها إليه لا يعتبر منها تغييراً لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما هو استناد إلى وسيلة دفاع جديدة »[3] . ثم أكدت هذا

---

(١) يلاحظ أن حق الخصوم فى استبعاد القواعد القانونية المكملة لا يعنى تعليق التزام القاضى بتطبيق هذه القواعد على شرط تمسك الخصوم بها . فالتزام القاضى بتطبيق القاعدة المكملة من تلقاء نفسه قائم ابتداء ، باعتبارها قاعدة ملزمة أسوة بغيرها من قواعد القانون ، لا فارق فى ذلك بينها وبين القاعدة الآمرة . وعلى هذا النحو لا يصح للقاضى أن يستخلص استبعاد الخصوم القاعدة المكملة من مجرد عدم تمسكهم بها ، ولهذا يستلزم القضاء أن يكون تحلل الخصوم من القاعدة المكملة صريحاً بأن يقرروا استبعادها والاتفاق على عكس ما جاء بها من أحكام ، أو أن يظهر على الأقل من ظروف الدعوى ما يستشف منه رغبتهم فى هذا الاستبعاد – راجع فى ذلك رسالة دكتوراه فى مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى رقم ٢٠ الدكتور هشام على صادق – وانظر فى فرنسا **Motulsky, L'evolution recente de la Condition de la loi etrangére, Paris 1956, p 688 ets.**

(٢) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٥٦ و ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ٦٢٨ . بيد أنه ملزم بعدم الخروج على الوقائع المطروحة عليه من الخصوم – نقض ٢٢ يونية ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٨٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٨٢ .

المبدأ في حكم لاحق حين قررت « أن حق المضرور في التعويض إنما ينشأ إذا كان من أحدث الضرر أو تسبب فيه قد أخل بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو ماله مهما تنوعت الوسائل التي يستند إليها في تأييد طلب التعويض، فيجوز للمضرور رغم استناده إلى الخطأ التقصيري الثابت أو المفترض أن يستند إلى الخطأ العقدي ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، كما يجوز لمحكمة الموضوع رغم ذلك أن تستند في حكمها بالتعويض إلى الخطأ العقدي متى ثبت لها توافره لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض ولا يعتبر تغييراً لسبب الدعوى أو لموضوعها مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها » (١) .

ويتضح من هذين الحكمين أن لمحكمة الموضوع الحق في القضاء في الدعوى استناداً إلى نصوص القانون الواجبة التطبيق دون التقيد بالنصوص التي تمسك بها الخصوم تأييداً لطلباتهم ، ودون اعتداد بالوصف القانوني الذي ألحقه هؤلاء بوقائع النزاع .

٤٣٤ — وكانت محكمة النقض قد اعتنقت قبل ذلك نظراً مخالفاً في عدد غير قليل من أحكامها ، فقد حكمت بأنه « متى رفعت الدعوى المدنية إلى المحكمة على أساس مساءلة من رفعت عليه عن فعله الشخصي فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها على أساس مساءلته عن فعل تابعه » (٢) فاعتبرت بذلك قضاء محكمة الموضوع بالتعويض على أساس المادة ١٧٤ مدني ، حالة أن سبب الطلب الذي استند إليه المدعي في دعواه هو المادة ١٦٣ مدني ، تغييراً لسبب الدعوى وهو ممتنع عليها قانوناً .

---

(١) نقض مدني ٢ إبريل سنة ١٩٦٨ س ١٩ ص ٦٨٩ . وقد ورد بهذا الحكم أيضاً « من المقرر في قضاء محكمة النقض أن محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح دون أن تتقيد في ذلك بتكييف الخصوم لها ، وإذ حصل الحكم المطعون فيه بما له من سلطة فهم الواقع في الدعوى أن اكتتاب المؤسسين كان صوريا وأنهم تخلصوا من تغطية رأس المال ووصف هذا الخطأ بأنه خطأ تعاقدي فإنه يكون قد التزم صحيح القانون » .

(٢) نقض مدني نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١٢٩٩ — وراجع نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٤٣ ص ١٢٩٨ من ذات المجموعة، ونقض ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ منشور بذات الصفحة .

٤٣٥ — فتمسك الخصوم بقاعدة قانونية معينة أو بتكييف معين لوقائع النزاع لا يجعل من هذه القاعدة ولا من ذلك التكييف أحد العناصر المكونة للسبب الممتنع على القاضي تغييره(١) . وتطبيقاً لهذا المبدأ حكمت كلتا محكمتي النقض الفرنسية والمصرية بحقهما في تبديل الأسباب الخاطئة التي استند إليها الحكم المطعون فيه بأسباب أخرى « قانونية بحت » لتبقيا على منطوق هذا الحكم الذي انتهى سديداً في نتيجته (٢) . وفي ذلك دلالة على أنه كان في استطاعة قاضي الموضوع أن يلجأ إلى هذا التبرير القانوني من تلقاء نفسه، وأن يطبق قواعد القانون الواجبة التطبيق على النزاع دون التقيد بما سبق للخصوم أن تمسكوا به أمامه من أسانيد قانونية(٣) .

ومن هنا جاء مبدأ عدم قبول وسائل الدفاع الجديدة التي يثيرها المتقاضون لأول مرة أمام محكمة النقض(٤) ، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن تنعى المحكمة على قضاة الموضوع تجاهلهم لوسيلة دفاعية لم تثر أمامهم(٥) .

٤٣٦ — ومع ذلك فقد خرجت محكمة النقض على هذا القضاء بالنسبة

---

(١) Motulsky, la Cause de la demande ، المرجع السابق ص ٢٣٧ .
وراجع نقض ٤ يونية ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٨٦٨ وقد ورد به « إن سبب الدعوى هو الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب . وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم » .
كما قضت محكمة النقض بأن لها أن تراقب محكمة الموضوع في تكييف المستندات التي أسست عليها حكمها وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً القانون أو مخالفاً له — نقض ٣ فبراير سنة ١٩٧٠ في الطعن ٥٢٠/٣٥ ق — لم ينشر .

(٢) نقض فرنسي ١٨ فبراير ١٩٥٢ Bull. Civ. ص ٦٣ ، ٦ فبراير ١٩٦٤ ص ٨٨ — ونقض مصري ٢٨ إبريل ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ٥٥٠ ، وقد جاء في هذا الحكم « لا يبطل الحكم إذا وقع في أسبابه خطأ في القانون ما دامت أسبابه الواقعية وافية والنتيجة التي انتهى إليها سليمة ، وإنما لمحكمة النقض مع رفضها الطعن أن تصحح ما وقع في الحكم من خطأ » .

(٣) Motulsky ، المرجع السابق ص ٢٤٠ .

(٤) نقض مدني ١٦ يونيه ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١١٢٥ — نقض فرنسي ٣١ يولية ١٩٢٨ Gazpal. ١٩٢٨ جـ ٢ ص ٦٦٨ — وراجع Glasson Tissier et morel ، مطول المرافعات المدنية جـ ٣ باريس ١٩٢٩ ص ٤٨٦ .

(٥) نقض مدني ١٧ مارس و ٢١ إبريل و ١٢ و ١٩ مايو سنة ١٩٦٠ س ١١ ص ٢٢٠ و ١٨٤ و ٢٩١ و ٤١٢ .

لوسائل القانون البحت والتي لم تعتبرها جديدة فى أى حال من الأحوال ، فقضت بجواز قبولها حتى لو أثيرت أمامها لأول مرة [1] . فتدخل محكمة النقض بالرقابة فى هذه الحالة يعنى أن قضاة الموضوع قد أخطأوا فى عدم تطبيقهم لوسيلة القانون البحت من تلقاء أنفسهم لأن الجزاء لا يوقع إلا فى حالة الخطأ [2] ، الأمر الذى يفهم منه أن تطبيقهم التلقائى لقاعدة القانون ليس مجرد حق لهم بل التزام يقع على عاتقهم . وليس فى قضاء محكمة النقض بالنسبة لوسائل الدفاع التى يمتزج فيها الواقع بالقانون ، والذى استقرت فيه على عدم قبولها إذا أثيرت أمامها لأول مرة ، ما يتعارض مع النتيجة التى أنف ذكرها ، فى التمسك بهذه الوسيلة لأول مرة أمام محكمة النقض إثارة لوقائع لم يسبق عرضها على قضاة الموضوع [3] . وقبول المحكمة للوسيلة يعنى أن قضاة الموضوع قد أخطأوا فى عدم إثارتهم للوقائع التى تتضمنها من تلقاء أنفسهم ، وهو ما يتعارض مع مبدأ حيادهم فى مجال الوقائع ، كما يتنافى مع اختصاص محكمة النقض الذى يتحدد — كمبدأ — بمسائل القانون[4] .

اتساع سلطة القاضى فى تطبيق القواعد الآمرة

٤٣٧ — يتضح مما سبق أن سلطة القاضى فى تطبيق القانون تتقيد بالضرورة

(١) نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ س ١٥ ص ٢٥٤ — نقض فرنسى ٢١ فبراير ١٩٤٤ Dalloz, A ١٩٤٤ ص ٥٨ ، وقد قرر الحكم « إن وسيلة القانون البحت لا تعتبر جديدة بحال من الأحوال » .

(٢) وهذا هو ما دفع البعض إلى انتقاد الأحكام التى اعتبرت قبول وسائل القانون البحت عند إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض استثناء من قضائها بشأن عدم قبول وسائل الدفاع الجديدة . إذ أن القاضى يفترض فيه العلم بالقانون ، ومن ثم فإن الوسيلة القانونية البحتة لا تعتبر جديدة حتى يقال إن التمسك بها أمام النقض استثناء من هذا القضاء — أنظر Glasson, Tissier et More ، المرجع السابق ص ٤٤٠ .

(٣) نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١١٤٨ ، وجاء فى الحكم « إذا كان سبب الطعن قائماً على اعتبارات يختلط فيها الواقع بالقانون لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع ، فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض » — وانظر أيضاً نقض أول يونيه ١٩٦١ و ١٤ ديسمبر ١٩٦١ س ١٢ ص ٥١٧ و ٧٩١ .

ونقض فرنسى ٢٥ نوفمبر ١٩٤٨ Rev. de Dr. Int. Privé ١٩٤٨ ص ٣٠٨ مع تعليق Monnery .

(٤) أنظر Joly, De la loi dont la Violation Peut Constituer un moyen de Cassation en matière civile, رسالة مقدمة إلى جامعة Nancy ١٩٠٣ ص ١ .

بالبنيان الواقعى للدعوى كما حدده الخصوم . ومن هنا كان مبدأ حياد القاضى فى مجال الوقائع ، ومنعه بالتالى من تغيير سبب الدعوى ، مفهوماً على أنه مجموع الوقائع التى تمسك بها الخصوم تأييداً للحق المدعى به [1] . وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض [2] بأن محكمة الموضوع « لا تملك تغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسها فى المواد المدنية ويجب عليها أن تقصر بحثها على السبب الذى أقيمت عليه الدعوى . فإذا كان الواقع فى الدعوى أنها رفعت على البنك بطلب فروق العملة الناتجة عن عملية تحويله الاستمارات الخاصة بثمن البضاعة التى استوردها المدعى إلى عميل البنك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام مسئولية الطاعن (مدير عام البنك) على وقوع خطأ شخصى منه هو إغفاله تدوين العملية مثار النزاع فى دفاتر البنك وأن هذا الخطأ قد أضر بمصلحة المطعون ضده رافع الدعوى وبحقه الصريح فى تتبع أعماله التجارية وهو ما يفيد أن الحكم اعتبر مسئولية الطاعن مسئولية تقصيرية وأن الدعوى المرفوعة عليه هى دعوى تعويض ، فإنه يكون قد غير أساس الدعوى وأخطأ فى تكييفها وخرج على وقائعها بواقع جديد من عنده ومن ثم يكون مخالفاً للقانون » وأنه « ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع فى هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبته ، ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ ، كما لا يجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملزم أيضاً بإثبات الضرر » . كما قضت بأن طلب إبطال عقد البيع تأسيساً على أن الطاعن باع أرضاً مملوكة للغير ، لا تملك المحكمة معه تأسيس قضائها ببطلان ذلك العقد على سبب آخر هو وقوع المطعون ضدهما فى غلط فى العين المبيعة [3] .

(١) راجع بحثاً فى « المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضى تغييره » للدكتور هشام على صادق ، المحاماة السنة ٥٠ العدد الرابع ص ٧٦ وما بعدها .

(٢) نقض ٢٢ يونيو ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٣١٦ .

(٣) نقض ٢ يونيو ١٩٧٠ فى الطعن ١٣٤/٣٦ ق (لم ينشر بعد) . وقد ورد بهذا الحكم أنه وقد خلت أوراق الدعوى مما يدل على أن الطاعن قد اعترض أمام محكمة الاستئناف على قضاء محكمة أول درجة فى هذا الخصوص ، فإن حقه فى إبداء هذا الدفاع أمام محكمة النقض يكون قد سقط بما لا يقبل معه النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون .

ويرد على قاعدة منع القاضى من تغيير السبب على هذا النحو استثناء هام تمليه اعتبارات النظام العام وما تقتضيه من تخويل القاضى سلطات أكثر إيجابية ليتمكن من تطبيق القواعد الآمرة . فإذا كان الخصوم لا يستطيعون بإرادتهم الاتفاق على استبعاد هذه القواعد ، فمن غير المقبول أن يمنع القاضى من تطبيقها رغم توافر العناصر الواقعية التى تسمح بذلك بمقولة إن الخصوم لم يتمسكوا بهذه العناصر بصفة أساسية لتأييد مطالبهم . ولهذا استقر الفقه على تحتم استناد القاضى على العناصر الواقعية التى أثيرت عرضاً أمام المحكمة أو فى مذكرات الخصوم ليتوصل إلى تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام . ويفهم من قضاء محكمتى النقض الفرنسية والمصرية كلتيهما [1] أن التزام قضاة الموضوع بتطبيق القاعدة القانونية من تلقاء أنفسهم مشروط بسبق تمسك الخصوم بالعناصر الواقعية اللازمة لهذا التطبيق أمامهم ، بل إنه يكفى أن تكون هذه العناصر الواقعية قد أثيرت عرضاً أمام محكمة الموضوع حتى تعلم بها وينعقد التزامها ، تبعاً لذلك ، بتطبيقها [2] . ومن ناحية أخرى ، فإنه لا يجوز للقاضى بحال من الأحوال أن يرتكن فى تطبيقه للقاعدة الآمرة على وقائع لم ترد على الإطلاق بمستندات الخصوم أو دفاعهم أمام المحكمة ، لأنه إن فعل فقد قضى بعلمه الشخصى وهو ما لا يجوز [3] .

٤٣٨ — هذا وسلطة القاضى فى تطبيق القاعدة الآمرة على النحو السالف لا تفلت من أى قيد . فلا يصح أن يكون فى تطبيق قواعد القانون ، حتى لو تعلقت بالنظام العام ، مفاجأة للخصوم ، ومن ثم فعلى القاضى أن ينبه هؤلاء

(١) نقض فرنسى ١٢ فبراير ١٩٦٤ Bull. Civ. ص ٩٧ — ونقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٦٤ س ١٥ ص ٢٨٩ ، وجاء فى الحكم « يشترط لجواز التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بأى سبب من الأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام أن يكون تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم فى الدعوى جميع العناصر التى تتمكن بها من الإلمام بهذا السبب والحكم فى الدعوى على موجبه » — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٥ س ١٦ ص ٥٩٤ .

(٢) راجع مقال الدكتور هشام على صادق سالف الذكر ص ٩٠ وما بعدها .

(٣) راجع J. Chevallier, remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, Revue trimistrielle de droit civil 1962. p. 1. — وراجع نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٤٠ و٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة القواعد القانونية جزء ١ ص ٥٦٥ .

إلى القاعدة الآمرة التى يبغى تطبيقها من تلقاء نفسه والتى لم يسبق لهم التمسك أمامه بالوقائع اللازمة لإمكان إعمالها ، حتى لا يصطدم بمبدأ احترام حقوق الدفاع ، ويتعرض حكمه ، تبعاً ، للنقض [1] .

سبب الدعوى فى القانون السوفيتى

٤٣٩ — لم يكن يسمح للمدعى حتى وقت قريب ، وفقاً لقوانين المرافعات فى الاتحاد السوفييتى — باستثناء قانون المرافعات الأوكرانى — بتغيير أساس دعواه أو بإحلال طلب محل طلبه الذى تقدم به أصلا . ولكن مجموعة المرافعات الروسية أخذت بحكم مخالف بنصها فى المادة الثانية منها على أنه « يجوز للمدعى فى أية حالة كانت عليها الإجراءات أن يغير أساس دعواه أو أن يزيد أو ينقص ادعاءه » ، وهذا الحكم الأخير هو الذى اتجهت إليه مجموعة المرافعات الأساسية للاتحاد السوفييتى ، فنصت المادة ٢٤ / ٥ منه على أن « للمدعى الحق فى تعديل سبب أو محل ادعائه ، وفى أن يزيد أو ينقص مقدار هذا الادعاء . . . » . ويلاحظ أن الأمر يتعلق دائماً بنفس الرابطة القانونية محل النزاع ، ولكن للمدعى أن يستند إلى وقائع مختلفة أو أن يغير محل الرابطة من حيث مقدارها [2] .

ويرى الفقهاء فى الاتحاد السوفييتى أن هذا الحق المخول للمدعى فى تعديل سبب الدعوى أو محل الادعاء أو فى زيادة أو إنقاص مقدار هذا الادعاء ، يتضمن تقدماً كبيراً إذ يسمح للمحكمة بأن تضفى حماية قانونية للحقوق المنتهكة للمواطنين والمؤسسات ، فلا تضطر إلى رفض الدعوى أو إلى التصرف على نحو يزيد فى مصاريف التقاضى أو يطيلها .

٤٤٠ — والواقع أن هذا الحل الذى توصل إليه القانون السوفييتى لا يختلف

(١) نقض فرنسى ١٥ أكتوبر ١٩٥٨ Bull. Civ. ص ٢٤٧ .
— ويتفق هذا القضاء مع ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية فى شأن احترام حقوق الدفاع — راجع نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٥٢ س ٤ ص ١٩٤ .

(٢) ومن التطبيقات القضائية فى هذا الصدد : مؤسسة تجارية رفعت دعوى تعويض ضد مصلحة السكة الحديد بسبب عدم قيام هذه الأخيرة بتسليم بضائع نقلتها ، واستندت المؤسسة إلى شروط عقد النقل ، وأثناء نظر الدعوى ذهبت المؤسسة إلى أن البضائع قد فقدت بسبب شرارة تصاعدت من القاطرة فأحرقتها ، وبالتالى فإن المسئولية ليست عقدية وإنما تقصيرية — صحى والى ، المرجع السابق ص ٣١ .

عما يقرره كل من القانون المصرى والقانون الفرنسى وغيرهما من قوانين بعض الدول ، ذلك أنه على الرغم مما قد يوحى به النص السوفييتى من إمكان تغيير محل الدعوى ، فإن الرأى مستقر ، كما ذكرنا ، على وجوب تعلق الأمر بنفس الرابطة القانونية محل النزاع . فتغيير سبب الدعوى إنما يكون ، كما هو الحال فى القانون المصرى ، مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله (م ١٢٤ مرافعات) . بيد أنه وفقاً لما تقضى به المادة ٣٧ / ٣ من قانون المرافعات الأساسى ، وهو نفس ما تقضى به المادة ١٧٩ مرافعات رومى ، للمحكمة بعد أن تتبين الظروف الحقيقية فى الدعوى ، أن « تتجاوز حدود الطلب الذى ادعاه المدعى ، إذا كان هذا التجاوز ضرورياً لحماية الحقوق والمصالح المشروعة لمؤسسات الدولة أو للمنشآت أو للمزارع الجماعية وغيرها من التنظيمات التعاونية أو الجماعية أو المواطنين » (١) : وإعمالا لهذا النص ، إذا طلب المدعى الحكم له بدين ، فإن للمحكمة أن تقضى له بالدين وبفوائده . وإذا رفع شخص دعوى تعويض ضد شخص آخر أو مؤسسة مطالباً بمبلغ معين ، ورأت المحكمة من تحقيقها لوقائع الدعوى أنه يستحق مبلغاً أكبر فإن لها أن تحكم بهذا المبلغ متجاوزة بذلك ما طلبه الخصم ، الأمر الذى يخالف مبدأ أصولياً من المبادىء التى تعرفها فى القانون المصرى ، وإن كان يمتنع على المحكمة أن تقضى بشىء مخالف لما طلبه المدعى ، إذ يكون

---

(١) ومن هنا أيضاً كان عدم اقتصار دور القاضى فى الاتحاد السوفييتى على « إثبات ما اتفق عليه الخصوم فى محضر الجلسة » عند ما يتوصل الخصوم إلى صلح أمام المحكمة ، ولكنه يراقب هذا الصلح ولا يقره إذا كان مخالفاً للقانون أو كان ينتهك الحقوق والمصالح المشروعة لأحد الطرفين (م ٢٤ ق مرافعات أساسى) ، وهذا على عكس ما هو متبع فى قوانين كثير من الدول — أنظر على سبيل المثال المادة ١٠٣ من قانون المرافعات المصرى .

— وإعمالا لذات المبدأ ، إذا تبين أن دعوى المدعى على غير أساس، فإن القاضى السوفييتى لا يقبل الترك ، وإنما يمضى فى نظر الدعوى بلوغاً لغاية الأمر فيها ، حالة أنه فى القانون المصرى لا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله ، ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضى فى سماع الدعوى (م ١٤٢ مرافعات مصرى) . أما إذا لم يكن المدعى عليه قد أبدى طلبات ما ، فإنه يجب على المحكمة أن تقبل ترك المدعى الخصومة فى جميع الأحوال .

تجاوزها دائماً فى نطاق الادعاء المقدم (١) .

المبحث الثانى

الإقرار

٤٤١ — الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق فى ذمته أو لم يقصد (٢) . والاعتراف تقرير déclaration لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت . وهو فى أصله عمل مادى ، أى واقعة قانونية fait juridique ، وليس بتصرف قانونى (٣) . بيد أن الإقرار من جهة أخرى ينطوى على نزول من جانب المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، والنزول renonciation تصرف قانونى من جانب واحد acte juridique unilatéral فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى (٤) . فهو واقعة مختلطة fait mixte .

---

(١) يجدر التنبيه إلى أن القانون السوفييتى لا يقتصر أثره على البلد الذى يطبق فيه ، وإنما امتد هذا الأثر إلى كثير من الدول الاشتراكية وخاصة دول أوربا الشرقية ، ومن هذه الدول من كانت لها تقاليد قانونية سابقة ومختلفة عن تلك التى كانت سائدة فى الاتحاد السوفييتى — أنظر فى تأثير قانون المرافعات السوفييتى على قانون ألمانيا الشرقية : Capelletti (Mauro) : Interrogatorio della parte e principii generali nel processo civile della germania orientale e della Unione Sovietica. riv. proc. 1959—p.p. 11—34.

— وانظر فيما تقدم ، فتحى والى ، المرجع السابق ص ١ و ٢٢ و ٢٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٣ ص ٤٢١ — ٤٢٢ .

— وكان الأستاذ السنهورى قد عرف الإقرار بأنه اعتراف شخص لآخر بواقعة تكسب حقاً ، مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار » — راجع الموجز فى الالتزامات ١٩٣٧ ص ٦٨٢ . بيد أنه عدل عن هذا التعريف إلى التعريف الوارد فى المتن — أنظر الوسيط ج ٢ ط ١٩٥٢ ص ٧٤١ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ، فقرة ٢٢٨٨ ص ٧٢١ هامش (١) .

(٤) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ١١٣ — دى باج ٣ ص ١٠٢٨ — ١٠٣٢ — الأستاذ سليمان مرقس ، أصول الإثبات فقرة ١٠٤ و ١٠٥ .

— وغنى عن البيان أن نشير إلى الفرق بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى . فالعقد مثلا تصرف قانونى ، والخطأ الذى يقع من أحد المتعاقدين عند التعاقد ، واقعة قانونية . وقد —

الإقرار فى الفقه الإسلامى

٤٤٢ ــ قلنا فى الكتاب الأول إن الفقهاء يعرفون الإقرار بأنه إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه ، فهو فى هذا يتفق مع تعريف الفقه الوضعى . ونضيف هنا أن الإقرار فى الفقه الإسلامى لا يتوقف على القبول ، وما فيه تمليك مال من وجه يرتد بالرد وإلا فلا ، كإبطال شفعة وطلاق وعتاق (١) . وهو يبطل بعد وجوده بتكذيب المقر له للمقر فى حقوق العباد ، وبرجوع المقر عن الإقرار فى حقوق الله تعالى . جاء فى البدائع « الإقرار بعد وجوده يبطل بشيئين : أحدهما تكذيب المقر له فى أحد نوعى الإقرار ، وهو الإقرار بحقوق العباد ، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم ، واللزوم لم يعرف ثبوته ، فلا يثبت مع الشك . والثانى رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع فى أحد نوعى الإقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا ، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً فى الإنكار ، فيكون كاذباً فى الإقرار ضرورة ، فيورث شبهة فى وجوب الحد »(٢) . ويشترط لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالا شرعاً أى يعده الشرع باطلا ، فإن كان باطلا شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه ، والإقرار به يكون باطلا غير معتبر شرعاً ، حتى إذا أخذ المقر له من المال المقر به كان للمقر أن يسترده منه ثانية لأنه أخذه منه بغير وجه شرعى .

ـــــــــــــــــــ

ــ تقدم القول بأنه يجوز القضاء ببطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعاً فى غلط ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ، وأنه يجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه إضرار بأحد المتعاقدين . فهذا التعويض يكون لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت عنه تكوينه شروط الخطأ الموجب المسئولية التقصيرية فى جانب المتعاقد الآخر الذى تسبب بخطئه فى هذا الإبطال . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه « إذا كان ما قرره الحكم من مساءلة الطاعن عن الضرر الذى لحق بالمطعون ضدهما لم يكن على أساس العقد وإنما على أساس الواقعة القانونية التى تتمثل فى خطأ الطاعن عند التعاقد إذ قرر أنه يبيعهما أرضاً معدة للبناء وتطل على طريق عام ثم ظهر أنها محبوسة عنه فإنه يكون قضاءاً صحيحاً فى القانون » ــ نقض ٢ يونيو ١٩٧٠ فى الطعن ١٣٤ سنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

(١) الأستاذ أحمد ابراهيم ، طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ١١٨ ــ ١٣٠ ــ الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٥٦ ــ تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٧٨ ــ ٨٢ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٢٣٢ ــ ٢٣٣ .

ومثال الإقرار بالمحال الشرعى أن يقر إنسان بقدر من السهام لوارث أكثر مما هو مقرر له شرعاً ، فمثل هذا الإقرار باطل فى نظر الشرع ، وإقرار المورث لأحد الورثة بدين إيثاراً له على بقية الورثة ولو كتبت به وثيقة لأنه إقرار بشىء محال شرعاً (١) ، ومن قبيله إقرار الرجل لزوجته بنفقة مدة ماضية هى فيها ناشز من غير سبق قضاء أو رضاء مع اعترافها بذلك ، فمثل هذه الإقرارات جميعها باطلة شرعاً لأنها إقرارات بأشياء يحكم الشرع ببطلانها بطلاناً كلياً .

٤٤٣ ــ هذا وسبق أن ذكرنا(٢) أن الإقرار فى الفقه الإسلامى حجة قاصرة

ـــــــــــــــــــ

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها . وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها فى حقيقتها وصية قصد بها إيثار بعض الورثة ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لإهدار حجية هذه الإقرارات ، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات ــ نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٥١ س ٢ ص ٢٤٩ .

وقضت أيضاً بأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسرى عليه ، غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به ــ نقض ١٩ إبريل سنة ١٩٥١ س ٢ ص ٦٩٣ .

كما قضت بأن « التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً ، كاعتبار شخص وارثاً وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية . ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه » ، وأنه « إذا كان التصرف منجزاً فإنه لا يتعارض مع تنجيزه عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد ، لأن التصرف الناجز يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد فى حقيقته بيعاً أم هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى » ــ نقض ٣١ مارس ١٩٧٠ س ٢١ ص ٥٣١ . وانظر نقض ٩ يناير ١٩٦٤ س ١٥ ص ٤٣ .

(٢) راجع ما قلناه على الإقرار فى الكتاب الأول ص ٢٠٥ ــ ٢٠٨ .

على المقر [1] . لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أو دعوى [2] ، ولذلك أجاز الفقهاء سماع البينة بعد الإقرار ، لأن الإقرار قاصر والبينة متعدية ، فاذا أقر الوارث للموصى له تسمع عليه البينة مع إقراره كي يتعدى الحكم إلى غيره [3] .

الاقرار فى القانون المصرى

٤٤٤ – لم يكن المشرع المصرى يخص الإقرار فى التقنين المدنى الملغى بأكثر من مادة واحدة عنى فيها بأحد أحكام الإقرار القضائى وهو حكم عدم قابليته للتجزئة . وقد نص فى التقنين المدنى القائم على الإقرار القضائى فى المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، فعرفه فى الأولى منهما وبين أحكامه فى الثانية ، ثم ألغيت هاتان المادتان وأورد قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ مضمونهما فى المادتين ١٠٣ ، ١٠٤ منه [4] .

شروط الاقرار

٤٤٥ – يشترط فى الإقرار ما يشترط فى الأعمال القانونية من وجود للإرادة ومحل تنعقد عليه [5] . فيجب بادىء بدء أن تتجه إرادة المقر نحو

(١) وهذا هو الشأن أيضاً فى القانون المصرى ، فقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده ، فلا يجوز إعمال أثره على من عداهم – نقض ٣ يناير ١٩٥٢ س ٣ ص ٣١٧ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ص ٢٢٨ .

(٣) أنظر أمثلة عديدة لذلك فى طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ٢٢٤ – ٢٢٥ .

وانظر فى إقرار المريض مرض الموت نفس المرجع ص ١٨٥ – ٢٢٥ – البدائع ، المرجع السابق ص ٢٢٤ – ٢٢٨ . وراجع ما قلناه عن شروط الإقرار وأثر الجهل بها ، الكتاب الأول ص ٢٠٦ – ٢٠٧ .

(٤) وتطابق أولها المادة ٣٩٦ مدنى ليبى وتقابلها المادتان ٩٣ و ٩٤ بينات سورى والمادة ٢١٠ أصول لبنانى والمادة ٤٦١ مدنى عراقى والمادة ٤٣٨ / ٤٠٥ التزامات تونسى ومغربى . وتطابق ثانيتهما المادتان ١٠٠ و١٠١ بينات سورى وتقابلها المادة ٣٩٧ مدنى ليبى والمواد ٤٦٨ – ٤٧٠ مدنى عراقى والمادتان ٢٢٤ و٢٢٧ أصول لبنانى والمادتان ٤٣٤ / ٤٦٠ و٤٣٨ / ٤١٤ التزامات تونسى ومغربى .

(٥) أما السبب فهو ركن فى الإرادة التى تنشىء التزاما فى ذمة صاحبها ، أى فى الأعمال القانونية الإنشائية لا فى الأعمال القانونية الإخبارية كما هو شأن الإقرار – سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٧ فقرة ٣٧٨ – الالتزامات فقرة ١٤٢ وما بعدها . ولذلك نصت المادة ٤٦٧ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا اختلف المقر والمقر له ، فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً من صحة الإقرار » .

اعتبار الحق المقر به ثابتاً فى ذمته وتمكين خصمه من التمسك بهذا الإقرار ، فلا يعتبر من قبيل الإقرار الملزم ما يرد على لسان الشخص تأييداً لادعاءاته من أقوال فيها مصلحة لخصمه ، ما دام لم يقصد من إدلائه بهذه الأقوال أن يتخذها خصمه دليلا عليه [1] ، كما لا يعتبر أيضاً من قبيل الإقرار قيام من تسبب فى حادث بالعناية بمن أصيب فيه وتضميد جراحه ، ولا عرضه مبلغاً على سبيل الصلح [2] ، ولا إبداؤه الرغبة فى تسوية النزاع [3] .

٤٤٦ – ويجب ثانياً أن تكون إرادة المقر معبراً عنها ، والتعبير إما أن يكون صريحاً وهو لا يشترط فيه لفظ معين [4] ، وإما أن يكون ضمنياً كالإقرار بعدم ملكية الشىء يستفاد ضمناً من استئجاره أو من استعارته ، والإقرار بعدم وفاء الدين يستفاد ضمناً من التمسك بتقادمه أو بالإبراء منه [5] . والإقرار بصحة توقيع السند يستفاد ضمناً من عدم إنكاره بمجرد المواجهة به ومن مناقشة موضوعه [6] . وقد يستفاد التعبير الضمنى من مجرد السكوت كما إذا ادعى

(١) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٣٢ ، المحاماة س ١٣ ص ١١٠١ .

(٢) أوبرى ورو ط ٦ ج ١٢ ص ١٠٨ – السنهورى ج ٢ ص ٤٧٢ .

(٣) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٢٠ حيث ورد به أن « إبداء الخصم رغبته فى تسوية النزاع لا يفيد حتما وبطريق اللزوم استمرار هذه الرغبة فى كل الأوقات ، كما لا يفيد إقراره بحق خصمه » .

(٤) وفى الفقه الحنفى يجوز إقرار الأخرس بإشارته المفهومة ، ولو أنه لا تجوز منه الشهادة – أنظر المادتين ٤٣٤ / ٤٦٠ و ٤٣٨ / ٤١٤ التزامات تونسى ومغربى .

فرانسوا مارتير فى نظرية الإثبات فى الفقه الإسلامى ، باريس ١٩١٠ ص ٧٢ .

(٥) فإذا تبين بعد ذلك أن التقادم لم يتم أو أن المقاصة أو الإبراء لم يحصلا ، التزم المدين بإقراره الضمنى بعدم الوفاء ولم يجز له الرجوع عنه والتمسك بإيفاء الدين – إدوار عيد ج ١ ص ٢٥٣ .

(٦) نقض مدنى ٤ إبريل ١٩٦٧ س ١٨ ص ٧٦٠ . كما قضت محكمة النقض بأن عدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة فى صحة الدين المرفوعة بسببه تلك الدعوى ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص له فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوى على إقرار ضمنى بالحق لأن المدين لا يترك أمواله بإرادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمنه هذا الإقرار ، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذاً لحكم الحراسة ، كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب لا يمكن اعتبارها بالتالى ونتيجة لما تقدم إقراراً ضمنياً بالحق قاطعاً للتقادم – نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٧٠٥ .

– وحكم فى لبنان بأنه إذا حدد المدعى قيمة العقار بثلاثمائة ليرة لبنانية لأجل دفع الرسم ولم يطلب المستأنف عليه رد الاستئناف شكلا لعدم قابلية الحكم البدائى للاستئناف . . . فإن =

على شخص بواقعتين فأنكر إحداهما صراحة وسكت عن الأخرى(١) .

وكانت المادة ١٦١ / ١٨١ مرافعات مصرى قديم تنص على أنه « إذا امتنع المسئول (فى استجواب الخصوم) عن الإجابة على أسئلة مبنيـة على وقائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول أو تخلف عن الحضور لاستجوابه، فللمحكمة النظر فى ذلك » ، أى أنها كانت تخول المحكمة أن تعتبر ذلك تسليماً من الخصم أو إقراراً بالحق المدعى به أو أن تعتبره دون الإقرار قيمة أى بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة فترتب عليه قبول الإثبات بالبينة والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك . ولكن المادة ١٧٣ مرافعات مصرى لسنة ١٩٤٩ عدلت عن تخويل المحكمة سلطة اعتبار الامتناع عن الإجابة بغير مبرر قانونى بمثابة إقرار ، واكتفت بأن خولتها أن ترتب على هذا الامتناع إجازة الإثبات بالبينة والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك ، أى أن تعتبر له قيمة مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد نصت على ذلك المادة ١١٣ من قانون الإثبات المصرى الجديد الصادر برقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨(٢) .

ـــ سكوته إقرار ضمنى بأن قيمة العقار تزيد عن الثلاثمائة ليرة لبنانية ـ تمييز لبنان ١٠ تشرين الأول ١٩٦٢ ، النشرة القضائية اللبنانية ٢٠ سنة ١٩٦٤ ص ١٣٢ .

(١) نقض ٤ مايو ١٩٦١ س ١٢ ص ٤٣٧ ـ نشأت ط ٦ جـ ٢ ص ٤ ـ إدوار عيد جـ ١ ص ٣٥٣ . وحكم بأن تفويض الأمر إلى المحكمة لا يعتبر إقراراً ، وبأن إهمال المحامى تقديم عقد الرهن فى التوزيع لا يعتبر إقراراً بانعدام الرهن ـ استئناف مختلط ٣٠ إبريل ١٨٩٦ و ٤ ديسمبر ١٩٢٨ .

(٢) وقد أخذ بذلك أيضاً القانون العراقى حيث نصت المادة ٥٤ / ٢ من تقنين أصول المرافعات المدنية والتجارية على أنه « إذا لم يحضر الخصم ولم يقدم عذراً مشروعاً فإن للمحكمة أن تستخلص من ذلك قرينة تساعدها على حسم الدعوى » . أما القانون اللبنانى ، فقد أخذ فى المادة ٢١٨ من أصول المرافعات المدنية بحكم القانون المصرى القديم حيث نصت تلك المادة على أنه « إذا دعى الخصمان للاستجواب وتخلف أحدهما عن الحضور دون عذر مشروع ، جاز اعتبار موقفه هذا بمثابة الإقرار الضـمنى بصحة الوقائع التى تكون مداراً للاستجواب . كما نصت المادة ٢١٩ على أن يكون الأمر كذلك إذا رفض أحد الخصمين على وجه صريح أو ملتبس إعطاء الجواب على الأسئلة الملقاة عليه من القاضى . غير أنه أخذ بحكم القانون المصرى الجديد فى الحالة التى يقتصر فيها المتداعون على ادعاء الجهل والنسيان لدى طرح الأسئلة عليهم من قبل القاضى دون أن يظهر أنهم اتخذوا موقف الرفض ، فأجاز القاضى عندئذ قبول الشهادة والقرائن فى الإثبات (المادة ٢٢٠) .

هذا والتعبـــير الصريح إما أن يكون شفوياً يدلى به الخصم من تلقاء نفسه أو على أثر استجواب ، وإما أن يكون مكتوباً فى ورقة يسلمها المقر إلى المقر له (١) ، أو فى مذكرة يقدمها إلى القضاء ، أو فى إعلان يوجه إلى الخصم . ولا بد فى جميع الأحوال من إفادة صيغة الإقرار ثبوت الحق المقر به على سبيل اليقين والجزم (٢) ، ولمحكمة الموضوع فى جميع الأحوال تفسير

(١) يلاحظ أن النوع الثانى تسرى عليه أحكام الدليل الكتابى فحسب ، حالة أن النوع الأول تسرى عليه أحكام الإقرارات – السنهورى ، الوسيط جـ ٢ ص ٤٧١ – إدوار عيد ، قواعد الإثبات ، بيروت ١٩٦١ جـ ١ ص ٣٤٤ . فالإقرار حجة قاصرة فى حين أن الدليل الكتابى حجة متعدية . والإقرار لا يجوز فيه السماح للمقر بإثبات عدم صحته ولا يجوز للمقر له تجزئته . وإذا كان محل الإقرار حقاً عينياً عقارياً فإن الإقرار ينتج أثره بالنسبة إلى المقر وإلى ورثته من بعده دون حاجة إلى تسجيله – نقض ٢ فبراير ١٩٥٦ س ٧ ص ١٤٨ – نقض ٧ فبراير ١٩٥٧ س ٨ ص ١٢٦ . ولا يحتاج إلى تسجيل إلا عند التمسك به على الغير . وإذا صدر إقرار بعد صدور قانون موضوعى معين عن واقعة سابقة ، فإن هذه الواقعة لا تخضع للقانون الموضوعى المعمول به وقت الإقرار بل القانون الذى كان سارياً وقت حدوثها – نقض ٦ مارس ١٩٥٢ س ٣ ص ٦٠٥ .

– وينبغى التفرقة أيضاً بين الإقرار المكتوب وبين السند المؤيد لسند أصلى سابق ، وهو السند الذى يحرر فى حالة ضياع السند الأصلى أو تقادم العهد عليه ليقوم مقام ذلك السند الأصلى أو ليكسبه جدة ، وهذا تكون له حجية السند الأصلى ما دام موقعاً عليه من طرفيه ، ولكن حجيته هذه تقوم على أساس افتراض مطابقته لذلك السند الأصلى إلى أن يثبت العكس بإبراز ذلك السند – سليمان مرقس ، الأدلة الخطية وإجراءاتها ص ٢٣٩ – السنهورى ، الوسيط جـ ٢ ص ٢٥٣ .

(٢) نقض ٦ يونيه ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٢٠٣ ، نقض ٣ يونيه ١٩٦٥ س ١٦ ص ٦٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أنه لا يعتبر إقراراً ما يدلى به الخصم اضطراراً واحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى طلباته . فإذا كان المطعون ضدهم قد انتهوا فى مذكرتهم إلى طلب رفض الدعوى على أساس أن العقد مزور ، فإن ثبتت صحته فعلى أساس أنه وصية باطلة لصدوره فى اللحظات الأخيرة من حياة مورثهم ، فإن القول بالأساس الثانى لا يعتبر بمثابة إقرار من المطعون ضدهم بصحة العقد ، كما أن هذا التسليم لا ينطوى على نزول من جانب صاحبه عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه .

وفى هذا المعنى أيضاً ما قررته محكمة النقض من أنه « إذا طلب المدعى عليه بصفة أصلية رفض دعوى المدعى ومن باب الاحتياط تخفيض مبلغ التعويض المطلوب ، فإن هذا الطلب الاحتياطى لا يعد بمثابة إقرار من المدعى عليه بصحة دعوى خصمه » – نقض ٣ مايو ١٩٦٢ س ١٣ ص ٥٧١ . ونحن نرى ، بالتعويل على ذلك ، أن إجابة الخصم إلى طلبه الاحتياطى لا تمنعه من الطعن على الحكم بالاستئناف بغية القضاء له بطلبه الأصلى .

الإقرار بما لا يخرج عن مدلول عبارته(١) .

ويجب ثالثاً أن يكون المقر شخصاً مميزاً وأهلا للإقرار الذى يعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف ، فيشترط فى المقر أن تتوافر له أهلية التصرف فى الحق المقر به أو أهلية الالتزام بالواقعة المقر بها .

٤٤٧ — ويجب أخيراً أن يكون تعبير المقر تعبيراً عن إرادة جدية حقيقية (٢) لا يشوبها عيب من عيوب الرضا وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال (٣) . وقد نصت على ذلك صراحة المادتان ٤٣٢ من قانون الالتزامات التونسى و ٤٠٩ من قانون الالتزامات المغربى حيث اشترطتا فى صحة الإقرار « أن يكون عن اختيار وتبصر والأسباب المفسدة للرضا تفسد الإقرار أيضاً » (٤) . فإذا كان المقر مازحاً انتفى قصده الارتباط

(١) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ س ٣ ص ٣١٧ — نقض ٢ يناير ١٩٦٣ س ١٤ ص ٤١ — نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٩٨٥ .

وتقدير كون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه أولا مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض — نقض ١٩ يناير و٣١ أكتوبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٥٦ و١٥٨٤ .

— وقضت محكمة النقض بأنه « متى كان الحكم المطعون فيه إذ نفى صدور إقرار من البائعتين قد استند إلى أن الإقرار الصادر من وكيلهما والمثبت بمحضر انتقال القاضى المنتدب للمعاينة لا يصلح للاحتجاج به على الموكلتين لأنه لم يصدر بتوكيل خاص أو ضمن توكيل عام يبيح الإقرار بالملكية ، فإن هذا القول لا مخالفة فيه للقانون — نقض ١٤ فبراير ١٩٥٢ س ٣ ص ٤٧٤ .

(٢) فالإقرار الصورى لا قيمة له ، وقد يلجأ إليه بالتواطؤ بين المقر والمقر له إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والخلف ، فيجوز لهؤلاء إثبات صوريته بكافة الطرق ومتى تمكنوا من ذلك أبطلوا كل أثر له فى حقهم — السنهورى ج ٢ ص ٤٨٩ — نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٢ س ٣ ص ١٠٧٤ .

— وقضت محكمة النقض بأن الإقرار الصورى إذا أضر بالغير يعتبر تزويراً ويقع تحت طائلة العقاب — نقض جنائى ٢٠ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ١٨٨ — محمود ابراهيم اسماعيل ، جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير ١٩٤٧ هامش ص ٢٢٨ .

(٣) سليمان مرقس ، شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات ١٩٦٤ ص ١٩٥٢ وما بعدها . وقد حكم بأن الإقرار الذى يصدر من سيدة متقدمة فى السن وضعيفة الإرادة تحت تأثير رجل دين وتسلطه يكون باطلا لانعدام الرضا وسلب الإرادة — استئناف مصر ٨ مايو ١٩٢٩ ، المحاماة س ٩ ص ٨٦٧ .

(٤) وهذا نصهما الفرنسى L'aveu doit être libre et éclairé ; les Causes qui Vicient le Consentement Vicient l'aveu.

بالإقرار ، وكذلك إذا كان تعبيره صورياً صورية مطلقة ، فإنه لا يعول عليه (١) سواء كانت الصورية بتواطؤ بين المقر والمقر له إضراراً بحقوق الدائنين أو الخلف أو دون تواطؤ (٢) . وإذا أقر الشخص تحت تأثير إكراه أو غلط أو تدليس جاز له إبطال إقراره ويكون ذلك بعدوله عنه بعد إثبات ما شاب رضاءه من عيب (٣) ، ولو كان ذلك بعد صدور الحكم بناء على هذا الإقرار فيبطل الحكم تبعاً لبطلان الإقرار الذى انبنى هو عليه(٤) .

محل الإقرار

٤٤٨ — أما محل الإقرار فهو الحق المراد إثباته للخصم ، سواء كان الإقرار بالحق مباشرة أو كان من طريق الإقرار بالواقعة القانونية التى ترتب عليها هذا الحق . ويشترط فى المقر به أن يكون عملا مشروعاً (٥) وألا يمنع المشرع إثباته من طريق الإقرار(٦) أو أن يكون حقاً مما يجوز النزول عنه أو مما لم يمنع المشرع الإقرار به ، فالإقرار بربا فاحش أو بدين قمار أو ببيع تركة مستقبلة لا يعول عليه ، وكذلك الإقرار المخالف لمحتويات

(١) أنظر أحمد ابراهيم فى طرق القضاء ص ١٣٩ وما نقله فى الهامش من شرح المجلة المادة ١٠٧٥ حيث قال : إذا ادعى أن ما صدر بينهما كان بطريق التلجئة والمواضعة وفسرها وأقام بينة على وفق مدعاه تقبل بينته بطريقها الشرعى . وكما لا يجوز بيع التلجئة بأن يقول لآخر إنى أقر لك فى العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره ، وإن ادعى أحدهما أن هذا الإقرار هزل وتلجئة وادعى الآخر أنه جد ، فالقول لمدعى الجد وعلى الآخر البينة كما فى التتارخانية ، وذلك لأن الأصل فى العقود الصحة ، فمدعيها متمسك بالأصل وخصمه متمسك بما يخالفه .

(٢) السنهورى ج ٢ ص ٤٨٩ — أوبرى ورو ج ١٢ ص ١١٠ .

(٣) أحمد ابراهيم ، المرجع السابق — نشأت ج ٢ فقرة ٤٩٨ و ٤٩٩ .

— وانظر فيما يتعلق بجواز الرجوع فى الإقرار المشوب بالتدليس بعد إثبات التدليس — نقض مدنى ٥ مايو ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٠١٩ . وفيما يتعلق بإبطال الإقرار لغلط فيه — نقض ١٩ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٥٦ ، نقض ٥ مايو ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٠١٩ .

(٤) أنظر فيما يتعلق بالفقه الإسلامى فى هذا الشأن — فرانسوا مارتير ، المرجع السابق ص ٧٤ .

(٥) راجع ما ذكرناه من الفقه الإسلامى فى هذا الخصوص ، البنود ١٢٠ — ١٢٢ و ٤٤٢ .

(٦) ولا يعتبر منعاً من الإثبات بطريق الإقرار ، المنع من الإثبات بطريق البينة والقرائن ، فيجوز الإقرار بتصرف قانونى مما لا يجوز إثباته بالبينة والقرائن — السنهورى ج ٢ ص ٤٩٢ .

الورقة الرسمية التى لا تدحض حجيتها إلا من طريق الطعن بالتزوير ، أو المخالف لقرينة قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام[1] . ويشترط أيضاً أن يكون المقر به معيناً أو قابلا للتعيين[2] ، وإلا فلا يصح الإقرار ولا يرتب فى ذمة المقر التزاماً[3] . ويشترط أخيراً ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار[4] ،

(١) سليمان مرقس ، أصول الإثبات المرجع السابق فقرة ٢٧٥ .

(٢) نصت على هذا الشرط صراحة المادتان ٤٣١ / ٤٠٨ من القانونين التونسى والمغربى حيث جاء فيهما أنه يجب أن « يكون الشيء المقر به معينا أو قابلا التعيين » .

(٣) السنهورى ، المرجع السابق ص ٤٩٠ فقرة ٢٥٠ . وقد نصت المادة ٤٦٣ / ١ مدنى عراقى على أن « يشترط ألا يكون المقر به مجهولا جهالة فاحشة . أما الجهالة فلا تكون مانعة من صحة الإقرار » . ونصت المادة ٤٦٤ منه على أنه « كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح الإقرار بالمجهول إلا فى العقود التى لا تصح مع الجهالة . فلو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو غصب صح إقراره ويطلب منه تعيين الأمانة المجهولة أو المال المسروق أو المغصوب . أما إذ أقر ببيع أو استئجار شيء غير معلوم فلا يصح إقراره » . والمقصود بذلك أن التصرفات التى لا تكون صحيحة مع الجهالة وهى كثرة التصرفات كالبيع والإجارة يشترط فى حجية الإقرار بها أن يكون المقر به معلوماً . أما فى التصرفات التى تكون صحيحة مع الجهالة كالغصب والوديعة فلايشترط ذلك ـ أنظر سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما هامش (٦) ص ١٦ و١٧ .

ـ وينقل الأستاذ أحمد ابراهيم من تكلة الفتح ما نصه « كل تصرف لا يشترط لصحة تحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة . . . وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لا يصح ، وذلك كالبيع والإجارة . فإن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئاً أو اشترى من فلان كذا لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسداً ، فكذا إذا ثبت بالإقرار . ولو عاينا أنه غصب شيئا مجهولا فى كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار . وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقاً للمقر له ، كذا فى الكافى والمحيط البرهانى » ثم أضاف « وإذا مات المقر قبل البيان قال الشرنبلالى ينبغى أن يرجع فيه إلى الورثة » ، وأشار إلى المادة ١٥٧٩ من المجلة وشرحها .

(٤) نقض ٢٥ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٦٥٥ ونقض ٢٣ مايو ١٩٦٢ س ١٣ ص ٦٢٢ وقد جاء فيه أن كل إقرار تكذبه الأوراق الرسمية أو يكذبه الظاهر يكون غير مقبول ، وطبق ذلك على إقرار الزوجية بقيام الزوجية مع وجود إشهاد طلاق رسمى يكذبها فى ذلك .

فلو أقر شخص ببنوة آخر أكبر منه فى السن لا يصح إقراره[1] . ويعود للمحكمة تقدير مطابقة الإقرار لظاهر الحال على ما يبدو لها من وقائع الدعوى[2] .

عدم جواز أن يكون محل الإقرار حكما أو وصفا قانونيا

٤٤٩ ـ لا يجوز أن يكون محل الإقرار حكماً قانونياً فى ذاته لأن الإقرار لا يرد إلا على مسألة من مسائل الواقع فإذا أقر شخص بأن نصاً معيناً من نصوص القانون ينطبق عليه ، فلا يلزم القاضى بتطبيق هذا النص عليه لأن تطبيق القانون موكول إليـــه وهو الذى يتحرى شروط انطباقه بقطع النظر عن إقرار الخصوم بذلك[3] ، وكذلك لا يكون محل الإقرار وصفاً قانونياً لفعل أو تكييفاً لعقد ، لأن التكييف القانونى من عمل القاضى إذ هو إنزال حكم القانون على الفعل أو العقد موضوع التداعى[4] ، فلا يكون لإقرار الخصم بتكييف قانونى معين أى أثر ، ويملك القاضى الأخذ فى شأن العقد المذكور بتكييف آخر حسبما يراه من توافر شروط معينة فى العقد . فإذا أقر المدين بأن العقد الصادر منه فى ذاته عقد بيع وفائى فإن إقراره بذلك لا يمنع القاضى من تكييف العقد بأنه رهن[5] ، بل لا يمنع المقر نفسه من العدول

(١) فى هذا المعنى المادة ٤٦٥ مدنى عراقى والمادة ٩٧ من قانون البينات السورى والمادة ١٢٧٧ من المجلة .

وانظر إدوار عيد ، المرجع السابق ص ٣٥٠ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السورى .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه لكى ينتج الإقرار أثره القانونى يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانونى لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة بشيء ـ نقض ١٢ أكتوبر ١٩٥٣ س ٥ ص ٦٢ .

(٤) قضت محكمة النقض بأنه « وإن كان التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ، إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى الصحيح لما قصده المتعاقدان وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ـ ٢ يونيه ١٩٧٠ فى الطعن ٥١٦ سنة ٢٥ ق (لم ينشر بعد) .

(٥) لأن الإقرار هنا ليس إقراراً بذمة وإنما هو إقرار بوصف عقد من الوجهة القانونية ، وهذا الوصف لم يغير شيئا من حقيقته ولا يقيد المحكمة مادام أنه غير =

عن هذا التكييف إلى غيره (١) ، وإذا أقر المصاب فى حادث تصادم بأنه المخطىء ، فلا يقيد إقراره المحكمة إذا رأت أن مسلكه كان مطابقاً لقواعد المرور (٢) .

السبب فى الإقرار

٤٥٠ – يكون الإقرار صحيحاً ولو خلا من ذكر سببه السابق عليه لأنه عمل إخبارى وليس إنشائياً (٣) ، ولأن السبب ليس ركناً إلا فى الإرادة التى يلتزم بها صاحبها أى فى العمل المنشىء لالتزام (٤) ، وإذا ذكر فى الإقرار سبب للحق المقر به وكان هذا السبب مختلفاً عما ادعاه المدعى المقر له ، فإن هذا الاختلاف لا يؤثر فى صحة الإقرار (٥) ، إلا أن يكون السبب

= للأركان التى اشترط القانون وجوب توافرها – استئناف مصر ٣٠ إبريل ١٩٣٤ ، المحاماة ١٥ س ٢ ص ٣١٤ . وانظر أيضاً تميز لبنانى ٢٢ فبراير ١٩٤٠ وقد جاء فيه أنه لا يصح إقرار الشخص بأنه تاجر تنطبق عليه أحكام التجار إذا لم تتوافر فيه فعلا الشروط التى يتطلبها القانون فيمن يعتبر تاجراً – مجموعة الاجتهادات المختلطة ١ ص ٥٤٨ والأحكام التى أشار إليها إدوار عيد فى المرجع السابق ص ٣٤٩ .

(١) نشأت ط ٦ ج ٢ فقرة ٤٨٨ ص ٥ .

(٢) أنظر سليمان مرقس ، الأدلة الخطية وإجراءاتها ١٩٦٧ هامش ص ٥٩ وراجع ما جاء فيه عن إثبات القاعدة القانونية التى تستمد من أحكام المحاكم أو التى تنشأ عن عادة اتفاقية .

(٣) وهو ما عليه أغلب الفقه الإسلامى على ما ذكرنا فى الكتاب الأول .

(٤) سليمان مرقس ، نظرية العقد ١٩٥٦ فقرة ١٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار يعتبر دليلا تقدم الاستحقاق عليه فى زمن سابق فيكون صحيحا ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه . . . ولذا كان حكمه ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء – نقض ٦ فبراير ١٩٣٦ ، المحاماة س ١٦ ص ٨٥٧ .

(٥) وقد نصت المادة ٤٦٧ مدنى عراقى على أنه « إذا اختلف المقر والمقر له فى سبب المقر به ، فلا يكون لاختلافهما هذا مانعاً من صحة الإقرار » . وهذا النص مقتبس من نص المادة ١٥٨١ من المجلة ومن المادة ١٢٦ من لائحة المحاكم الشرعية القديمة والمادة ١٢٥ من اللائحة الأخيرة .

وقارن مع ذلك نقض ١٩ إبريل ١٩٥١ س ٢ ص ٦٩٣ حيث تميز المحكمة بين سبب الإقرار بالدين وعلة الاستدانة ويبدو أنها تشترط صحة السبب حالة أن الخلاف المعروض عليها كان خلافاً فى علة الاستدانة دون أى منازعة فى سبب الإقرار بالدين فقالت « إن الدائن لا شأن له بعلة استدانة مدينه صحيحة كانت أم غير صحيحة وليست هذه العلة هى السبب القانونى لدين المطعون عليها بل إن سببه هو استيلاء المورثة على صافى ريع أملاكها وهو السبب الذى اعتمد عليه الحكم فى قضائه بصحة الإقرار » .

الذى ذكر فى الإقرار مستحيلا أو غير مشروع كما لو أقر بدين قال عنه إنه نتيجة قرض اقترضه من شخص كان لا يزال حملا مستكناً (١) .

٤٥١ – ويعتبر تحصيل صدور أقوال معينة من الخصوم والظروف التى صدرت فيها وجديتها ودلالتها مسألة موضوعية متروك تقديرها لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض (٢) . أما تكييف هذه الأقوال بأنها إقرار قضائى أولا فيعتبر مسألة قانونية تخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض (٣) ، وإذا رأت المحكمة فى قول الخصم إقراراً بكل معنى الكلمة رتبت عليه آثاره ، وإلا جاز لها اعتبار ثبوته فى محضر الجلسة أو المذكرة أو الورقة المقدمة من الخصم فى الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت فيه شروط ذلك أو مجرد قرينة قضائية .

أهلية المقر

٤٥٢ – قلنا إنه يشترط فى الإقرار ما يشترط فى التصرف فى الحق المقر به من أهلية فى المتصرف (٤) أو من ولاية له على مال غيره . وقد نصت كثير من الشرائع صراحة على ذلك (٥) . ولأن الغالب فى الإقرار أن يكون

---

(١) أنظر فيما يتعلق بالفقه الإسلامى فى هذا الشأن ، ماردنير فى المرجع السابق ص ٧٧ .

(٢) نقض ٢٨ يناير ١٩٦٥ س ١٦ ص ١١٤ وقد جاء فيه أنه إذا كانت محكمة الموضوع بما حصلته من الإقرار لم تخرج فى تفسيرها له عن المعنى الظاهر لعباراته ، فإنه لا يكون لمحكمة النقض سبيل عليها فى ذلك .

وانظر أيضاً نقض ٣١ أكتوبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٥٨٤ .

(٣) نقض ٣٠ مارس ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٢٠٣ .

(٤) ذلك أنه وإن كان الإقرار إخبارياً وليس إنشاء ، إلا أنه يثبت به على المقر حق لم يكن من قبل ثابتاً ، ومعلوم أن الحق دون دليله لا قيمة له ، فإعطاء دليل الحق غير الثابت يعدل من الناحية العملية إنشاء هذا الحق – فى هذا المعنى السنهورى ، المرجع السابق ص ٤٨٦ – مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٢٣ .

(٥) نشأت المرجع السابق ص ٦ فقرة ٤٩١ – السنهورى ، المرجع السابق ص ٤٨٥ – سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما ص ٢٧ . وقد كانت المادة ١٢٤ من لائحة المحاكم الشرعية تنص على أنه « يشترط فى صحة الإقرار أن يكون المقر عاقلا بالغاً مختاراً غير محجور عليه ولا يشترط شىء من ذلك فى المقر له . ويقبل إقرار المحجور عليه لسفه فى كل ما لا يعد محجوراً عليه فيه شرعاً كالطلاق ونحوه » . ونصت المادة ٤٦٣ مدنى عراقى على أنه « يشترط أن يكون المقر عاقلا بالغاً غير محجور عليه ، فلا يصح إقرار الصغير =

عن واقعة تنشىء للمقر له حقاً فى ذمة المقر أو تنقل إليه حقاً من حقوق المقر ، أمكن القول بأنه يشترط فى المقر أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف فى الحقوق وأنه لا يصح إقرار ناقص الأهلية قاصراً كان أو محجوراً بل يقع قابلا للإبطال . غير أنه إذا كان موضوع الإقرار عملا قانونياً من أعمال الإدارة أو من أعمال الاغتناء ، فتكفى فى الإقرار به الأهلية اللازمة لمباشرة هذا التصرف ابتداء وهى أهلية الإدارة أو أهلية الاغتناء . أما إذا كان تبرعاً فإن أهلية التصرف لا تكفى فى الإقرار به بل يجب أن يكون المقر أهلا للتبرع وإلا وقع إقراره باطلا بطلاناً مطلقاً . ولأن القاصر المأذون له يعتبر كامل الأهلية فيما أذن له به وفى التقاضى فيه (المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال) ، فإنه يصح إقراره فى الأمور المأذون فيها . وإذا كان الإقرار يستر تصرفاً غير الذى ورد ذكره فيه ، تعين أن يكون للمقر الأهلية اللازمة لمباشرة التصرف الحقيقى الذى أريد ستره بالإقرار(١) .

٤٥٣ — ولا يجوز إقرار الوصى أو القيم عمن يكون تحت ولايته إلا إذا حصل على إذن به من المحكمة المختصة فى الحدود التى يقررها القانون(٢) ، ويجوز إقرارهما بما يكونان قد أبرماه من أعمال الإدارة التى تدخل قانوناً فى ولايتهما . أما الوقائع القانونية — التى ليست تصرفات — فليس للوصى أو القيم أن يقر بها ما لم تكن تدخل فى أعمال الإدارة المخولة له بمقتضى القانون، وإلا فإن إقراره بها تقتصر حجته على شخصه فحسب(٣) .

— والمجنون والمعتوه والسفيه . ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم . ولكن الصغير المميز المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ فى الأمور المأذون فيها » . ونصت على مثل ذلك المادة ٩٦ من قانون البينات السورى .

وقررت المادة ٢٢٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية أن الإقرار يكون باطلا إذا لم يكن المقر حائزاً الأهلية أو الصلاحية الكافية .

(١) عبد المنعم الصدة ، الإثبات فى المواد المدنية ط ١٩٥٥ ص ٣٨٨ .

(٢) راجع التصرفات التى لا يجوز للولى مباشرتها إلا بإذن المحكمة فى المادة ٣٩ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وهى كلها لا يجوز الإقرار بها أيضاً — وانظر فى بيان هذه التصرفات ص ٢١٧ — ٢٢٢ من هذا المؤلف .

(٣) السنهورى ، الوسيط ج ٢ ص ٤٨٨ . وقد اشترطت المادة ٩٤ من قانون —

٤٥٤ — ولا يجوز للوكيل الإقرار عن تصرف صدر من موكله إلا إذا كان مفوضاً فى ذلك بنص خاص فى التوكيل العام أو بتوكيل خاص(١) ، وذلك لأن التوكيل العام لا يخول الوكيل سوى مباشرة أعمال الإدارة وليس الإقرار داخلا فيها . ويكفى أن يذكر فى التوكيل أن الوكيل مفوض فى الإقرار ولا يشترط أن يعين فيه المقر به ، أى أنه تكفى فى الإقرار الوكالة الخاصة ولا يلزم أن تكون الوكالة محددة(٢) . وإذا كانت الوكالة خاصة بتصرف معين ولم يذكر فيها الإقرار فيصح إقرار الوكيل بواقعة صدرت منه شخصياً بمقتضى تلك الوكالة وفى حدودها(٣) . وتعويلا على ذلك لا يصح الإقرار الصادر من محام عن موكله ما لم يكن توكيله منصوصاً فيه على تفويضه فى الإقرار(٤) . وكذلك ليس لناظر الوقف أن يقر بدين على الوقف لأنه لا يملك غير الإدارة . وإذا أقر ممثل الشخص المعنوى بصفته بأمر يتعلق بذلك الشخص المعنوى ، فإن إقراره يلزم ذلك الشخص طالما كان صدوره منه فى حدود سلطته واختصاصه . وتستلزم محكمة النقض أن يبين الحكم الذى يقوم على إقرار صدر من وكيل ، ما إذا كان الإقرار يدخل فى حدود الوكالة وإلا تعين نقضه لقصور فى التسبيب(٥) .

— البينات السورى فى إقرار النائب أن تكون لديه نيابة خاصة فى الإقرار ، وكذلك فعلت المادة ٤٢٨ من قانون الالتزامات والعقود التونسى والمادة ٤٠٥ من القانون المغربى .

(١) أنظر المادة ٧٠٢ مدنى مصرى — ونقض ١٤ فبراير ١٩٥٢ س ٣ ص ٤٧٤ ، ونقض ١٥ نوفمبر ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٦٦٢ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٣٣ .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق ص ٤٨٧ .

(٣) الصدة ، المرجع السابق ص ٣٩٠ .

(٤) نقض ١٤ فبراير ١٩٥٢ س ٣ ص ٤٧٤ — نقض ٣١ أكتوبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٥٨٤ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أنه يشترط توقيع الموكلين أنفسهم على المذكرات التى تقدم من محاميهم إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المحامون مفوضين فى الإقرار بتوكيل خاص — مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق — نفس الموضع .

(٥) نقض ٢٤ ديسمبر ١٩٥٣ س ٥ ص ٥٩١ — نقض أول ديسمبر ١٩٤٩ س ١ ص ٦٢ .

هذا وإقرار المريض مرض الموت يأخذ حكم تصرفه أى حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا فى ثلث ماله ما لم يجزه الورثة[1] ، أما الإقرار فى حال الصحة فينتج أثره كاملا ولو كان يستر تبرعاً .

قوة الإقرار

٤٥٥ — قلنا إن الإقرار بمثابة عمل من أعمال التصرف ، ويترتب على ذلك أنه لا يقيد إلا المقر وخلفاءه ودائنيه وإن كانت حجيته تختلف فى مداها بالنسبة إلى كل منهم[2] . وهو حجة على المقر بلاحاجة إلى

---

(١) وفى الفقه الحنفى يسرى إقرار المريض بالدين فى حق ورثته فى حدود ثلث تركته ، ولكن الدائن المقر له يتأخر حتى فى هذه الحدود عن سائر دائنى المقر حتى لا يضار هؤلاء بالإقرار الصادر فى مرض المقر . ويجوز تعدد إقرارات المريض فينفذ كل منها فى حدود ثلث أموال المقر وقت صدوره ، لأن الإقرار يختلف عن الوصية فى أنه يخرج المال المقر به فوراً وليس مضافاً إلى ما بعد الموت — أنظر فرانسوا مارتير ، المرجع السابق ص ٧٣ .

(٢) ترجع حجية الإقرار على المقر بوجه عام إلى أن صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه . وحجيته تتعدى إلى ورثة المقر — نقض مدنى ٢٠ إبريل ١٩٥٠ س ١ ص ٤٤٠ ، ونقض ٨ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٥٨٩ وقد جاء فيه أن إقرار المورث بنسب شخص منه يسرى فى حق ورثته الآخرين . غير أنه إذا كان الوارث ولداً ثابتاً نسبه بالفراش فلا يحتج عليه بالإقرار الصادر من والديه أو من أحدهما بنفى نسبه لأن الولد يكون ذا حق خاص فى ثبوت نسبه فلا تسرى عليه فى هذا الخصوص حجية الإقرار بالنسبة لورثة المقر — نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٦٥٥ وقد جاء فيه أن النسب حق الولد فلا يصدق الزوجان فى إبطاله ولو تعاونا على أنه لم يحصل وطء ومن ثم فإن إقرارهما أو أحدهما بعدم الدخول والخلوة لا يتعدى إليه ولا يبطل حقه .

— أما الدائنون فيختلفون عن الورثة فى أن لهم حقوقاً شخصية خاصة بهم تتأثر بتصرفات مدينهم ومنها إقراراته ، فيحتج عليهم بهذه الإقرارات ولكن يكون لهم فى جميع الأحوال إثبات عدم صحتها بكافة الطرق ، سواء بالتدخل فى الدعوى التى صدر فيها الإقرار أو من طريق اعتراض الخارج عن الخصومة بعد صدور الحكم وذلك فى الشرائع التى تنظم هذا الطريق من طرق الطعن فى الأحكام (كالتشريع السورى والعراقى والتونسى والمغربى ، كما كان تقنين المرافعات المصرى الصادر فى سنة ١٩٤٩ ينص على هذا الطريق من الطعن فى المادة ٤٥٠ وما بعدها) ، أو من طريق الطعن فى الإقرار وفى الحكم الذى صدر بناء عليه بدعوى الصورية أو بدعوى عدم نفاذ التصرف فى الأحوال التى تتوافر فيها شروط أى من هاتين الدعويين ، أى أن حجية الإقرار لا تكون قاطعة بالنسبة لدائنى المقر .

— أما الخلف الخاص فيحتج عليه بالإقرار الصادر من سلفه قبل تلقيه حقه من ذلك السلف ، ولا يحتج عليه بالإقرار الصادر بعد ذلك — نقض ٢٥ أكتوبر ١٩٥٦ س ٧ —

تسجيل[1] ، ولكن يجب تسجيله ليكون حجة على الغير طبقا للمادة (١٠) من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

الاقرار القضائى

٤٥٦ — الإقرار نوعان : قضائى وغير قضائى . والإقرار القضائى كما عرفته المادة ١٠٣ من قانون الإثبات هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة[2] .

— ص ٨٤٧ وقد جاء فيه « لا على المحكمة إذا هى أخذت بإقرار زوجة المحجور عليه فقضت بصورية عقد البيع الصادر إليها من زوجها دون أن يتعدى أثر ذلك إلى غيرها من المتعاقدين معها الذين تلقوا الحق عنها » .

أما إقرار الوارث فلا يتعدى إلى سائر الوارثين معه — نقض ١٠ نوفمبر ١٩٦٤ س ١٥ ص ١٠٥٠ وقد جاء فيه أن إقرار الوارث حجة قاصرة على المقر ، فلا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة للورثة الآخرين . وكذلك إقرار الشريك بالنسبة إلى سائر شركائه ، وإقرار الدائن المتضامن أو المدين المتضامن بالنسبة لسائر المتضامنين معه — نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٧٠٥ والمادتان ٢٨٢ و ٢٩٥ مدنى مصرى .

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص ، فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقرراً للملكية لا منشئاً لها ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقاً للمادة الثانية من القانون ١٨ لسنة ١٩٢٣ (وتقابلها المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى القائم) .

(٢) وتطابقها المادة ٣٩٦ مدنى ليبى . وعرفته كل من المادتين ٩٣ من قانون البينات السورى و٤٦١ مدنى عراقى بأنه « إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر » .

— والإقرار يكون قضائيا ولو صدر أمام قاضى التحضير أو القاضى المنتدب للتحقيق أو للاستجواب — السنهورى ، المرجع السابق ص ٤٩٣ . ويعتبر كذلك أيضاً الإقرار الذى يصدر أمام هيئة المحكمين — نقض مدنى فى الطعن ١٨٥ سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٦٠١ . ولكن لا يعتبر كذلك الإقرار الذى يصدر أمام النيابة العامة أو الإدارية أو الحسبية أو الجهات الإدارية أو حتى أمام خبير معين من قبل المحكمة — نقض ٦ يونيه ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٢٠٣ . أما الاعتراف الذى يصدر فى المسائل الجنائية فلا يعتبر إثباتاً تاماً ما لم تعززه ظروف أخرى ولا يمكن أن تكون له أمام المحكمة المدنية أهمية أكثر من اعتباره مجرد قرينة تتعلق بالوقائع . أما الإقرار الذى يصدر فى الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية فإنه يكون إقراراً قضائياً .

ونسترعى النظر إلى أنه يشترط أن تكون المحكمة أو الهيئة التى يصدر أمامها الإقرار مختصة اختصاصاً نوعياً دون اعتبار للاختصاص المحلى . بيد أنه إذا كان عدم اختصاص المحكمة لا يتعلق بالنظام العام ، يصح الإقرار أمامها لأن الدفع بعدم الاختصاص فى هذه الحالة يزول بالإقرار .

فإذا صدر الإقرار فى قضية سابقة فلا يعتبر إقراراً قضائياً فى الدعوى المنظورة [١]، ولكن ذلك لا يمنع من اعتباره إقراراً غير قضائى [٢] أو الاستدلال به بحسبانه قرينة على ما ورد فيه [٣]. ومتى صدر الإقرار القضائى مستوفياً شرائطه وأركانه المتقدمة يعتبر حجة قاطعة على صاحبه ويجب على القاضى الأخذ به وعدم إجراء أى بحث فى موضوعه بعد حصوله [٤]. وقد نصت المادة ١٠٤ من قانون الإثبات على أن « الإقرار حجة قاطعة على المقر . ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى [٥] ».

ويمكن القول بأنه يترتب على الإقرار القضائى فى القانون المصرى ،

---

(١) نقض ٢٣ يونيه ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٤٤٢ . وقضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار الخصم فى قضية وضع اليد لا يصح التمسك به فى قضية الملك – استئناف ٧ يونيه ١٩٣٢ المحاماة س ١٣ ص ٥٣٨ .

(٢) نقض ٢٣ يونية ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٤٤٢ . ولا يمنع من اعتبار الإقرار الصادر فى قضية أخرى أن يكون قد حكم بسقوط الخصومة فيها لأن سقوط الخصومة لا يستتبع سقوط الإقرارات الصادرة من الخصوم – نقض ٩ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٥٩٩ .

(٣) نقض ٥ مارس ١٩٥٩ س ١٠ ص ٢٠٤ .

(٤) نقض ٢٤ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٧٦ .

(٥) وهذه المادة تقابل المادة ٤٠٩ مدنى مصرى الملغاة والتى كان قد ورد خطأ فيها عند طبع القانون الملغى الحالى فى الوقائع الرسمية حيث استبدلت كلمة « قاصرة » بكلمة « قاطعة » ثم صحح هذا الخطأ بحسبانه خطأ مادياً ، فى مجموعة القانون وأعماله التحضيرية ج ٣ ص ٤٣٥ . ولم يكن الفقرة الأولى من المادة ٤٠٩ مقابل فى القانون المدنى السابق ولكن الفقه والقضاء قررا ذلك . فقد قررت محكمة النقض أن « القانون يكلف المدعى بإقامة الدليل على دعواه إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالتقادم ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية فقد خالفت القانون باقتضائها دليلا على أمر معترف به » – مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٢٦٠ .

– ويقابل هذه المادة فى التقنين المدنى الليبى ، المادة ٣٩٧ . أما التقنين المدنى العراقى فى المادة ٤٦٩ منه ، وقانون البينات السورى فى المادة ١٠٠ منه ، فقد أخذا بنص التقنين المصرى الذى وقع فيه الخطأ المشار إليه ونصا على أن الإقرار حجة قاصرة على المقر .

كما فى القانون الفرنسى وسائر القوانين العربية ، آثار ثلاثة [١] : حجية كاملة على المقر pleine foi وعدم جواز العدول عنه irrévocabilité وعدم جواز تجزئته indivisibilité .

قوة الاقرار القضائى

٤٥٧ – قلنا إن الإقرار القضائى يعتبر حجة قاطعة على صاحبه ويجب على القاضى الأخذ به دون أن تكون له أية سلطة فى تقديره [٢] إلا إذا كان المقر به غير مشروع أو حقاً لا يجوز النزول عنه أو يمنع القانون الإقرار به . ويشبه الإقرار القضائى الدليل الكتابى من حيث قيمته فى الإثبات ، فكلاهما له حجية ملزمة للقاضى وحجية ملزمة لمن صدر منه ، ولذلك يجوز للقاضى ، كما يجوز له أن يطرح الدليل الكتابى إذا بدا له ظاهر التزوير ، أن يطرح الإقرار إذا كان ظاهر الحال يكذبه . ويجوز لكل ذى مصلحة غير المقر نفسه أن يثبت ما يخالف الإقرار كما يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة . ويكون إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة أى بالكتابة فيما يتعلق بالأعمال القانونية التى تجاوز قيمتها عشرين جنيهاً وفق قانون الإثبات الجديد ، وبكافة الطرق فيما عدا ذلك . بيد أنه فى الحالات التى يتعين فيها إثبات العكس بالكتابة فإنه يجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا وجد أحد المسوغات التى تجيز الإثبات بها استثناء ومنها قيام المانع من الحصول على دليل كتابى . ويعتبر هذا المانع موجوداً بالنسبة إلى كل شخص لم يكن طرفاً فى العقد المقر به ، ومنها أيضاً الاحتيال على أحكام القانون [٣] .

---

(١) سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما ١٩٧٠ ص ٤٣ .

(٢) فإذا اعترف الخصم لدى القاضى المدنى بتزوير ورقة وجب عليه أن يحكم بتزويرها بناء على هذا الاعتراف بقطع النظر عن اعتقاده الشخصى وذلك خلافاً للقاضى الجنائى فإنه ليس له أن يعاقب المتهم فى جريمة تزوير هذه الورقة إلا إذا اقتنع هو بثبوت الواقعة عليه بقطع النظر عن أقواله ومسلكه فى دفاعه – نقض جنائى ٢٣ إبريل ١٩٤٥ المحاماة س ٢٧ ص ٥٢٦ . وإذا أقر أحد الورثة بدين على المورث فإنه لا يجوز بعد ذلك توجيه اليمين إليه فى خصوص قيام هذا الدين ، فإذا وجهت إليه وحلفها فأهدرت المحكمة إقراره أخذاً بنتيجة اليمين التى حلفها على خلاف ما أقر به ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون بإهدار حجية الإقرار – نقض مدنى ١٢ إبريل ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٥٥ .

(٣) نقض ٢٤ يونيه ١٩٦٥ س ١٦ ص ٨٠٨ وقد جاء فيه أن الوارث الذى يضار –

ويبقى الإقرار قائماً إلى أن يثبت للمحكمة كذبه ، ومتى صدر الحكم بناء على إقرار الخصم فإنه يكون غير قابل للاستئناف لأن المقر به إنما يثبت بالإقرار لا بحكم القاضى ، ولأن الإقرار يجعل المقر به غير متنازع فيه ، ولأن الحكم يصدر فى هذه الحالة لمجرد إثبات انقطاع المنازعة ، فلا يكون ثم محل للطعن فيه بالاستئناف .

عدم جواز العدول عن الاقرار

٤٥٨ – متى صدر الإقرار القضائى فلا يمكن العدول عنه إذ قد تعلق به حق الخصم . وهو عمل فردى يتم بالإيجاب دون حاجة إلى قبول(١) . على أن كون الإقرار حجة قاطعة لا يمنع المقر من أن يثبت أنه صدر منه غلط أو بسبب غش أو تدليس أو إكراه أو كان صورياً . ونشير هنا إلى أن المقر يكون فى هذه الحالة مدعياً ولذلك يقع عليه عبء إثبات سبب البطلان الذى يجيز له التخلص من إقراره ، لا باعتبار ذلك رجوعاً فى الإقرار أو عدولا عنه ، بل نتيجة لوقوع الإقرار باطلا أو لإبطاله قضاء(٢) .

٤٥٩ – وإذا بنى الإقرار على غلط ، فالغلط إما أن يكون فى الوقائع وإما أن يكون فى القانون . فالغلط فى الوقائع يجعل الإقرار على غير أساس . وقد نص المشرع الفرنسى على الحالة التى يغلب وقوعها فى العمل ، وهى حالة الغلط ، فاعتبر صدور الإقرار عن غلط فى الوقائع سبباً يجيز إبطاله . أما الغلط فى القانون فقد نص على أنه لا يصلح سبباً لإبطال الإقرار(٣) .

التفرقة بين الغلط فى الوقائع والغلط فى القانون

٤٦١ – ترجع هذه التفرقة إلى أصول بعيدة فى القانون الرومانى وفى

= بإقرارات المورث يجوز له أن يثبت بكافة الطرق أن حقيقة هذه الإقرارات وصية قصد بها الاحتيال على أحكام الإرث .

وانظر أيضاً نقض ٢٥ أبريل ١٩٦٣ س ١٤ ص ٥٧٩ .

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٤٤٠ حيث ورد أن المادة ١٣٥٦ من التقنين الفرنسى والمادة ١٩٦٣ من التقنين الإيطالى والمادة ٣٠٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى قد تناولت خصيصة لزوم الإقرار .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق ص ٤٩٩ .

(٣) المادة ١٣٥٤ مدنى فرنسى . وتنص المادة ٢٢٤ أصول محاكمات لبنانى على أنه « لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائجه القانونية » .

القانون الفرنسى القديم . وقد جاء فى القانون الرومانى أن من يعترف عن غلط لا يعد مقراً non fatatur qui errat . وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى(١) أن مؤدى اعتبار الإقرار تصرفاً ينعقد بإرادة واحدة أنه لا يجوز العدول عنه إلا لسبب خطأ فى الوقائع وفقاً لما قرره القضاء ، لأن الإقرار يخضع للأحكام العامة فى عيوب الرضا باعتباره تعبيراً عن إرادة المقر . فإذا اعترف وارث بإيجار عقد مع مورثه ثم وجد عقداً بفسخ الإيجار بين أوراق مورثه ، أو أقر وارث بدين استدانه مورثه ثم وجد مخالصة به ، فإنه لا يعمل بالإقرار أى يمكن للمقر العدول عنه والرجوع فيه لأنه اعترف بأمر لم يكن موجوداً فى الواقع . أما إذا أراد المقر العدول عن إقراره بحجة أنه كان يجهل النتيجة القانونية لحكم القانون فى الأمر المعترف به ، فلا يقبل ذلك منه لأن الجهل بالقانون ليس عذراً عملا بقاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون(٢) nisi jus ignoravit . فإذا أقر شخص بدين لم يجز له أن يعدل عن إقراره بحجة أن الدين كانت قد مضت عليه المدة القانونية اللازمة لسقوطه وأنه ما كان يعلم أن ذلك مسقط للدين بحكم القانون(٣) . وإقرار الوارث بوصية صدرت لوارث آخر لا يعيبه أن يكون الوارث المقر قد صدر منه الإقرار وهو يعتقد خطأ أن الوصية لوارث لا تزال غير جائزة فإذا تمسك المقر بهذا الغلط فى القانون لا يجاب إلى طلبه فى الرجوع عن إقراره . ويتأدى من هذا أنه لا يشترط فى الإقرار قصد المقر إلى النتائج التى تترتب على الإقرار وجواز ترتب هذه النتائج على الإقرار ولو لم يتجه إليها قصد المقر ، بل ولو كان المقر يجهل أن هذه النتائج تترتب على الإقرار . وتعويلا على ذلك فإذا أقر الخصم من طريق استجوابه ، بناء على طلب خصمه أو من تلقاء المحكمة نفسها ، بأمر معين إقراراً واضحاً لا لبس فيه ، فإن

(١) جـ ٣ ص ٤٤٠ .

(٢) وقد كانت المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية السابقة تنص على أنه لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين أو الأوامر من يوم وجوب العمل بمقتضاها . وهذا النص محله الحقيقى الدستور لأنه مبدأ أساسى يسرى على كل القوانين ، ولا يخفى أن الدستور هو القانون الأساسى بالنسبة لجميع القوانين الأخرى ولذلك سمى أيضاً بالقانون الأساسى . وقد تقدم نص الدستور المصرى الحالى فى هذا الشأن .

(٣) أحمد نشأت ، رسالة الإثبات جـ ٢ ط ١٩٧٢ ص ٢٩ .

ظروف صدور هذا الإقرار أمام المحكمة تقطع بقصده اعتبار المقر به ثابتاً فى ذمته ولو لم يكن قد أقر به من قبل ، ولو كان يجهل النتائج القانونية التى تنبنى على إقراره الصادر منه أثناء الاستجواب[1] . والظاهر أن عدم إجازة إبطال الإقرار بناء على الغلط فى القانون يرجع إلى طبيعة الإقرار الإخبارية ، فإن من يقر بواقعة قانونية مضت يلزم بإقراره ولو لم يتبين حقيقة الآثار القانونية التى تترتب على هذه الواقعة لأنه إنما يقرر حقيقة وقعت ولا يسمح له أن يعدل عن تقريرها إذا ما تبين غلطه فيما يرتبه القانون عليها من آثار ، إذ الحق أولى أن يتبع . أما فى التصرفات الإنشائية فإن الغلط فى القانون يجيز إبطال التصرف لأن التصرف ما كان يتم لو كشف المتصرف هذا الغلط قبل إبرامه[2] .

٤٦١ — وقد أخذت المحاكم المصرية بهذه التفرقة رغم عدم النص عليها فى التقنين المدنى الملغى ، فقضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون المصرى لم يأت بنص صريح كالذى جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥٦ مدنى فرنسى التى تقرر أنه لا يجوز الرجوع فى الإقرار إلا إذا ثبت أنه ناشىء من خطأ فى الأمر الواقع ، إلا أن القواعد القانونيـة العامة توجب العمل بهذا المبدأ فهى لا تسمح لأى إنسان بأن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق ، وتسمح فضلا عن ذلك بتصحيح الأخطاء المادية فى الحساب الناشئة عن السهو والنسيان[3] .

(١) أما إذا راوغ الخصم فى إجابته عن الواقعة محل الاستجواب أو أدلى فى شأنها بإجابة متضاربة وخلصت المحكمة من مسلكه فى الاستجواب إلى ثبوت الواقعة محل الاستجواب، فإن هذا الثبوت لا يعتبر حاصلا من طريق الإقرار لعدم اتجاه إرادة المقر إليه ، ولكن يمكن اعتبار مراوغته أو تضاربه فى إجاباته امتناعاً عن الإجابة يجيز للمحكمة وفقاً للمادة ١٧٣ مرافعات مصرى والمادة ١١٣ من قانون الإثبات المصرى الجديد التى حلت محلها أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن بدلا من الكتابة وما يقوم مقامها ، وبالتالى يجيز للمحكمة أن تتخذ من تضارب الخصم فى أقواله قرينة قضائية على ثبوت الواقعة القانونية محل الإثبات ، فتحكم المحكمة ضد الخصم المستجوب بناء على نتيجة استجوابه ، ولكن لا باعتباره مقراً بموضوع الاستجواب ، وإنما باعتبار هذا الموضوع ثابتاً من طريق القرائن القضائية فى حالة أجاز فيها القانون الإثبات بهذا الطريق فيما تقضى فيه القواعد العامة بوجوب إثباته بالكتابة .

(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٤٨ — ٤٩ بند ١٨٩ .

(٣) استئناف مصر ٣ فبراير ١٩٣٥ ، الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ١٩ رقم ٨٧ . وانظر أيضاً مجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٩ ص ٣٠٩ .

ولم يرد فى التقنين المدنى الحالى نص على ذلك ، غير أنه يخلص من الأعمال التحضيرية أنه كان فى ذهن واضعى مشروعه التمهيدى الأخذ بهذه التفرقة وعدم إجازة إبطال الإقرار للغلط فى القانون[1] . ولكن لما كان الأخذ بهذه التفرقة فى شأن الإقرار يعتبر استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ مدنى التى تسوى بين الغلط فى القانون والغلط فى الواقع ، ولما كان الاستثناء لا يكون بغير نص واضح من القانون ، فيبدو إزاء عدم النص على هذا الاستثناء فى باب الإقرار من التقنين المدنى ثم من قانون الإثبات الجديد أنه لا يمكن الأخذ به اعتماداً على إرادة المشرع المستفادة من الأعمال التحضيرية .

(١) يبين ذلك من عبارة المذكرة الإيضاحية حيث جاء بها أن « للإقرار خصوصة ثانية هى اللزوم . . . وهى نتيجة لاعتبار الإقرار تصرفاً ينعقد بإرادة واحدة لاضرورة للقبول فى ترتيب حكمها . ومؤدى هذا أنه لا يجوز العدول عن الإقرار إلا بسبب غلط فى الواقع وفقاً لما قرره القضاء لأن الإقرار يخضع للأحكام العامة فى عيوب الرضا باعتباره تعبيراً عن إرادة المقر — مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٤٠ .

غير أنه يلاحظ أن هذه العبارة افترضت أن القاعدة العامة فى عيوب الرضا لا تجيز إبطال العقود بسبب غلط فى القانون ، حالة أننا رأينا المادة ١٢٢ من التقنين المدنى تنص على أن « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . ويقول الدكتور سليمان مرقس (المرجع السابق ص ٥٠ هامش ٢) إنه يفسر عبارة المذكرة الإيضاحية على أنها منقولة من المذكرة التى وضعها القاضى استنوت الذى قام بوضع المشروع الأول لأحكام الإثبات مستقلا عن سائر مواد المشروع ، وأنه كان يعتقد أن القاعدة العامة فى باب العقود عدم الاعتداد بالغلط فى القانون فلم ير داعيا للنص على ذلك فى باب الإقرار اكتفاء منه ببيان قصده فى المذكرة . ولو علم أن القاعدة العامة التى اعتمدت فى باب العقد برجه عام هى غير ذلك لنص صراحة على استثناء الإقرار منها . ومما يؤيد هذا الاستنتاج أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما ناقشت نص المادة ١٢٢ من القانون وأقرته كانت تعتقد أن القانون يتضمن كما فى القانون الفرنسى استثناءين من حكمها هما الاعتراف القضائى والصلح . وقد ورد على لسان رئيسها فى محضر جلستها التاسعة « أن بعض الشراح لا يفرقون بين الغلط فى القانون المدنى والغلط فى القانون الجنائى ، ومن ثم فإنه يجوز للشخص أن يحتج بالجهل بالقانون إذا أثبت أنه لم يكن فى استطاعته العلم بقانون العقوبات مثلا ، لذلك فقد تضمن القانون استثناءين من القاعدة العامة وهما : الاعتراف القضائى والصلح ، فالغلط فيهما غير موجب للبطلان . . . » — أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٦٢ . كل ذلك يؤيد اتجاه واضعى القانون المدنى إلى عدم إجازة إبطال الإقرار لغلط فى القانون ولو أنهم لم ينصوا على ذلك صراحة فى باب الإقرار ، غير أن عموم المادة ١٢٢ مدنى وعدم ورود استثناء منها فيما يتعلق بالإقرار يجعل من المتعين تطبيق نصها على الإقرار وغيره .

وبناء على ذلك نرى أنه يجوز فى هذين القانونين إبطال الإقرار للغلط سواء فى ذلك الغلط فى القانون والغلط فى الواقع(1) . على أن الغلط فى القانون الذى يعتد به فى الإقرار فى القانون المصرى ، وكذلك فى القانون الفرنسى ، هو الغلط الذى يقع ، لا فى النتائج القانونية للإقرار(2) ، بل فى العناصر القانونية التى يقوم عليها ، وذلك كالغلط فى حكم من أحكام القانون انبنى عليه صدور الإقرار .

فالغلط الجوهرى فى القانون ، بهذا المعنى ، يبطل الإقرار ويكون للمقر الرجوع فيه . فإذا أقر وارث بملكية الموصى له للعين الموصى بها وهى تزيد على ثلث التركة معتقداً وقت صدور الإقرار أن الوصية تجوز حتى لو جاوز

(١) أنظر نقض ٩ مارس ١٩٦٦ س ١٧ ص ٥١٠ .

— والأمر كذلك أيضاً فى كل من القانون العراقى والقانون الليبى . أما قانون البينات السورى فينص صراحة على أنه لا يصح الرجوع من الإقرار إلا لخطأ فى الواقع على أن يثبت المقر ذلك (المادة ٢/٩٩ بينات سورى) ، أى أنه لا يجيز إبطال الإقرار للغلط فى القانون . وكذلك فعل القانون اللبنانى حيث نص فى المادة ٢٢٤ من أصول المحاكمات المدنية على أنه « لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائجه القانونية » وفى المادة ٢٢٥ منه على أنه يصح الرجوع عن الإقرار فى حالة الخطأ المادى الواقع على فعل ما ، وإنما يشترط على من يريد الرجوع عن إقراره أن يثبت هذا الخطأ . أما المشرعان التونسى والمغربى ، فقد اتخذا من هذه المسألة موقفاً وسطا ، فأجازا إبطال الإقرار للغلط فى القانون فى حالات وبشروط معينة فقط ، حيث نصا فى المادة ٤٣٨ / ٤١٤ من تقنين الالتزامات والعقود على أن الغلط فى القانون لا يكفى للسماح بالرجوع فى الإقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف الآخر . ولكن يلاحظ أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مقصورة على القوانين الجنائية والقوانين المتعلقة بالنظام العام . فيجوز فى هذين القانونين إبطال الإقرار للغلط فى قانون غير جنائى أو فى قانون غير متعلق بالنظام العام بل حتى للغلط فى قانون جنائى أو متعلق بالنظام متى كان الغلط ناتجاً عن تدليس المقر له — سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٥٢ — شرح القانون المدنى جـ ١ فى المدخل ١٩٦٧ ص ١٥١ .

(٢) مثال ذلك ما قررته محكمة النقض من أن « الإقرار الناشيء عن خطأ فى فهم شرط الواقف لا عبرة به ولا يعول عليه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أن عدم المطالبة بالاستحقاق لا يعتبر رداً له وأن المطعون عليه كان يجهل ما يقتضيه شرط الوقف فى شأن نصيب العقيم ، ولما تبين له وجه استحقاقه بادر إلى المطالبة به ، وجهله بما يقضى به القانون فى شأن ما ورد فى حجة الوقف يعتبر خطأ فى القانون لا يعتد به فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه » — نقض ٩ مارس ١٩٦٦ س ١٧ ص ٥١٥ .

الموصى به ثلث التركة ، فإن له الرجوع فى إقراره إذا أثبت هذا الغلط فى القانون الذى وقع فيه(1) . وإذا كان القانون يسمح بفسخ تصرف أو إلغائه وأقر به المتصرف جهلا منه بالقانون فإن له أن يعدل عن إقراره(2) . ويصح العدول عن الإقرار أيضاً بسبب غلط فى القانون يخالف النظام العام ، كالاعتراف بربا فاحش أو بدين سببه القمار ، ولو كان المقر يجهل وقت إقراره حكم القانون فى ذلك ، أى يجهل أن القانون يحرم الربا الفاحش ولا يلزمه بدين سببه القمار ، لأن قواعد النظام العام يمكن التمسك بها فى أى وقت بل ويجب على القاضى تطبيقها من تلقاء نفسه بمجرد وقوفه على حقيقة الأمر(3) .

ولما كان الوارث تسرى عليه إقرارات المورث كتصرفاته ، فإنه يكون له أن يطعن فى إقرارات المورث بما كان يصح للمورث أن يطعن عليها فى حياته ،

(١) السنهورى ، الوسيط جـ ٢ هامش ص ٤٨٥ . وانظر عكس ذلك ، الصدة ، المرجع السابق ص ٣٩٩ فقرة ٢٧٦ — جمال الدين اللبان ، فى الإقرار ، مجلة إدارة قضايا الحكومة س ٣ عدد ٤ ص ٦٧ . وقارن فى نقد التفرقة فى شأن الإقرار بين الغلط فى القانون والغلط فى الواقع فى القانون الفرنسى تعليق بارتان على أوبرى ورو ط ٥ جـ ١٢ ص ١١٨ فقرة ٧٥١ والهامش ٢٠ .

(٢) أوبرى ٧٥١ ص ١١٩ وأشار إلى لارومبير وبوتييه — هذا ولو أن المادة ١٣٥٦ من القانون المدنى الفرنسى ، كما رأينا ، نصت على أنه لا يمكن الرجوع فى الإقرار إذا كان الخطأ فى القانون .

— وقد اعتنق الأستاذ أحمد نشأت مؤخراً الرأى الذى يبطل الإقرار للغلط فى القانون بالمعنى الذى شرحناه فى المتن — أنظر رسالة الإثبات ط ٧ جـ ٢ ص ٣٠ — ٣١ بند ٤٩٨ مكرر حيث يقول إن المادة ٥٥٦ من القانون المدنى القائم نصت على أنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون ، ولكن لا يوجد نص كهذا فيما يتعلق بالإقرار ، وأن الظاهر مما جاء فى المذكرة الإيضاحية من المادة ٤٠٩ فيما يتعلق بالإقرار أن ذلك وقع سهواً من واضعى القانون المدنى بعد أن استحدثوا المادة ١٢٢ التى لم يكن لها مقابل فى القانون المدنى السابق — هذا وكان هذا الفقيه يذهب إلى عكس هذا النظر — أنظر رسالة الإثبات ط ٦ بند ٤٩٨ ، إلا أن يكون ما كان يذهب إليه من عدم جواز العدول عن الإقرار للجهل بالقانون ، إعمالا لقاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون ، مقصوراً على الجهل بالنتيجة القانونية للإقرار دون الجهل بالعناصر القانونية التى يقوم عليها الإقرار أو الغلط فيها .

(٣) سبق أن قلنا إن الفقه الإسلامى يشترط لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالا شرعاً أى لا يعده المشرع باطلا فإن كان باطلا شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه .

له أن يثبت أن الإقرار حصل من المورث غلطاً أو بسبب غش أو تدليس أو إكراه أو لعدم الأهلية ، أو كان صورياً .

تجزئة الاقرار

٤٦٢ — تنص المادة ١٠٤ / ٢ من قانون الإثبات على أنه «لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الإخرى»[١] ، ومعنى هذا أن الإقرار القضائى غير قابل للتجزئة **indivisible** كقاعدة عامة ، فإما أن يؤخذ به كله وإما أن يترك كله .

بيد أن هذه القاعدة ليست مطردة فى جميع الأحوال إذ يرد عليها استثناء فى الحالة التى نص عليها القانون . فالإقرار ، فيما يتعلق بقاعدة عدم تجزئته ، ينقسم إلى ثلاثة أنواع : إقرار بسيط **aveu pur et simple** وإقرار موصوف **aveu qualifié** وإقرار مركب **complexe** . والإقرار البسيط أو التام ، هو الاعتراف بكل الحق المدعى به أو بملحقاته . والإقرار الموصوف هو عدم الاعتراف بالأمر المدعى به كما هو ، وإنما الاعتراف به موصوفاً أو معدلا ، كما إذا ادعى الدائن ديناً حالا فاعترف به المدين مؤجلا أو مقسطاً أو معلقاً على شرط . ويجب لاعتبار الإقرار موصوفاً أن ينصب على وصف اقترن بالدين من وقت نشوئه ، لا على وصف استحدث بعد ذلك . مثل هذا الاعتراف غير قابل للتجزئة عدلا وقانوناً ، فيمنع المقر له من تجزئة الإقرار

(١) وهذه المادة مطابقة للمادة ٤٠٩ / ٢ مدنى مصرى الملغاة ، وتطابقها تماماً المادة ١٠١ بينات سورى و ٤٧٠ مدنى عراقى . وكانت المادة ٢٣٢ / ٢٩٨ مدنى مصرى قديم تنص على أنه « لا يتجزأ الإقرار الحاصل من الخصم بالمحكمة سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه بمعنى أنه لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له » . ولقصور هذه المادة من التعبير الدقيق أورد المشرع النص القائم فى قانون الإثبات والمطابق المادة ٤٠٩ مدنى التى ألغيت بصدور قانون الإثبات ، وبذلك وضع الشارع قاعدة عادلة لأنه مادام ليس هناك دليل على الخصم سوى إقراره وجب عدلا أخذه بحالته أو تركه إلا فى الأحوال التى تشير إليها المادة . وإذا أخذنا بما يضر المقر واطرحنا ما ينفعه فقد خالفنا شرطاً جوهرياً هو قصد المقر من إقراره . وقد سبق أن ذكرنا أنه يجب أن يدرك المقر مرمى إقراره وأن يقصد به إلزام نفسه وأنه بذلك يعفى خصمه من الإثبات .

— وتقابل المادة نصوص المواد ٣٩٧ مدنى ليبى ، ٢٢٦ و ٢٢٧ أصول محاكمات مدنية لبنانى ، ٤٣٨ التزامات تونسى ، ٤١٤ التزامات مغربى .

ونفرض عليه إما أن يأخذ به كله وإما أن يرده كله ، ويجوز للمقر أن يتمسك بعدم التجزئة[١] ، وإذا أقر الدائن بعدم صحة السبب المشروع الوارد فى سند الدين وذكر فى الوقت ذاته سبباً مشروعاً آخر ، كان الإقرار فى هذه الحالة غير قابل للتجزئة أيضاً وكان الالتزام صحيحاً قائماً حتى يثبت المدين أن هذا السبب الآخر ليس صحيحاً[٢] . أما الإقرار المركب فهو الإقرار بالواقعة المدعى بها غير معدلة ولا موصوفة وإنما مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها تحدث بعد حصولها وتترتب عليها نتائج تؤثر فى نتائج الواقعة الأولى ، وهذه الواقعة الأخرى إما أن تكون مرتبطة بالواقعة الأصلية ويصح أن تكون دفعاً لها ، وإما لا[٣] . فإن كانت مرتبطة بها بحيث تؤثر على كيانها ووجودها القانونى فالإقرار لا يتجزأ ، كما إذا أقر المدعى عليه بالدين وزاد أنه وفاه أو جزءاً منه . أما إذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث إن حصولها لا يتحتم معه وجود هذه الواقعة الأصلية ، فليس هناك ما يمنع من تجزئة الاعتراف ، كالاعتراف بالدين وادعاء المقاصة فيه ؛ فإنه فى هذه الحالة يلزم بإثبات الدين الذى له بالطرق المعتادة إذ أن كلا من

(١) السنهورى ، المرجع السابق فقرة ٢٦١ — نشأت ، المرجع السابق بند ٥٠٨ — سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٥٧ بند ١٩٠ — وانظر نقض ٣٠ مايو ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٢٢٧ .

(٢) نقض ١٥ إبريل ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٥٠ . وفى هذا المعنى ذاته ، نقض ٧ يناير ١٩٦٠ س ١١ ص ٣٤ مع فارق واحد هو أنه فى هذه القضية كان ثابتاً من ظروف الدعوى صورية سند الدين صورية مطلقة فلم يكن ثمة محل لإعمال الإقرار أصلا .

— وقضت محكمة تمييز لبنان بأن إقرار المدعى عليه باستلام الشىء لمصلحة الغير يعتبر إقراراً مركبا وهو غير قابل للتجزئة لأن الفعل الجديد وهو كون الشىء تسلم لمصلحة الغير يقدر معه وجود الفعل الأصلى وهو تسلم الشىء من قبل المدعى عليه — تمييز لبنان ٦ آذار ١٩٦٤ ، النشرة القضائية اللبنانية ٢٠ سنة ١٩٦٤ ص ٥٥٨ . ونصت المادة ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أن « يسمى الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الفعل الذى صرح به الفريق الآخر ، إلا أنه يفسد نتائجه القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الإضافية ، فتعد ثابتة إلى أن يثبت عكسها » .

(٣) نشأت ص ٤٣ — سليمان مرقس ص ٥٩ — السنهورى ص ٥٠٧ — أسعدة ص ٤٠٣ — جمال الدين اللبان فى بحثه المشار إليه ص ٢٥ — إدوار عيد ج ١ ص ٣٧٤ .

الدينين مستقل عن الآخر[1]. وذهب فريق قليل من الفقهاء إلى أن عدم التجزئة أصوب وأولى بالاتباع في جميع الصور قولا إن من المحقق أن من أقر بالدين وبالمقاصة أو به وبالتجديد لم تتجه إرادته مطلقاً إلى اعتبار الدين ثابتاً في ذمته ، بل إن الإقرار على هذه الصورة إن هو في الواقع إلا إنكار للمديونية وقت المطالبة[2].

٤٦٣ — وليس المقصود بالقول بعدم تجزئة الإقرار ، سواء كان موصوفاً أو مركباً ، أن المقر له إذا اختار أن يتمسك بالإقرار يكون مسلماً بكل ما ورد فيه زائداً عن دعواه وقابلا الحكم بموجبه ، إذ أن من شأن ذلك أن يؤدى إلى ضياع حق المقر له ، كما إذا تضمن الإقرار الموصوف تعليق الدين على شرط ثم تخلف الشرط ، أو تضمن الإقرار المركب إضافة واقعة الوفاء إلى واقعة المديونية . وإنما المقصود هو أن الوصف المقر به أو الواقعة المضافة يعتبر ثابتاً لمصلحة المقر ويعفى هذا من إقامة الدليل عليه ، ولكن يجوز

(١) ويرى الأستاذ أحمد نشأت أنه إذا كان دين المقاصة لاحقا الدين موضوع النزاع وكان ثابتاً أن هذا الدين لم يكتب به سند ولم يتمد دين المقاصة قيمته ، لا تصح التجزئة لأن مركز المدين لا يسمح له أدبيا بطلب سند كذلك ، بل يصح اعتباره موفيا دينه — المرجع السابق ص ٤٥ بند ٥٤١ .

(٢) في هذا المعنى دى باج جـ ٣ ص ١٠٤٧ — ١٠٥٧ — بلانيول وريبير وجابولد جـ ٧ فقرة ١٥٧٠ .

وبهذا أخذت المادة ١٢٦ من لائحة المحاكم الشرعية حيث نصت على أن « لا يتجزأ الإقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء ، فلا يؤخذ منه الضار به ويترك الصالح له ، بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر إنكاراً للدعوى » . وانظر في عدم تجزئة الإقرار في الفقه الإسلامي ، أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ١٩٢٨ ص ١٣٥ — ١٣٧ ، طرق الإثبات الشرعية ١٩٣٩ ص ٣٣١ ، ٣٣٦ وما بعدها وص ٤٠٧ ، فرانسو مارنير **F. Marneur** في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي **Théorie de la preuve en droit musulman** ، باريس سيرى ١٩١٠ ص ٩٩ وما بعدها . وراجع ما ذكرناه من عدم تجزئة الإقرار في الكتاب الأول .

وقد أخذت بقاعدة عدم تجزئة الإقرار أيضاً المادة ٤٣٨ والمادة ٤١٤ من قانون الالتزامات والعقود التونسي والمغربي على التوالي — سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٦٣ . بينما جاء نص المادة ١٠٤ من قانون البينات السوري مطابقاً لنص القانون المصري . وإن كانت تكملت المذكرة الإيضاحية للقانون الأول ببيان حقيقة المقصود من النص . أما المشرع الليبي فقد رأى أنه إذا وافق المقر له المقر على إقراره المركب ، كانت لهذا الإقرار بكامله حجية غير قابلة للتجزئة . فإذا نازع المقر له في الواقعة المضافة ، كان للقاضي سلطة تقدير قوة الإقرار في الإثبات (المادة ٣٩٧ مدني ليبي) .

المقر له الذى يتمسك بالإقرار أن يثبت عدم صحة هذا الوصف أو هذه الواقعة المضافة طبقاً لقواعد الإثبات العامة ، أى بالكتابة فيما يجاوز عشرين جنيهاً من التصرفات المدنية ، وبكافة الطرق فيما عدا ذلك ، ولا يجوز للمقر أن يتمسك بعدم تجزئة أقواله إلا إذا كان المقر له يستند إليها باعتبارها إقراراً قانونياً معفياً له من كل إثبات . أما إذا كان لديه دليل آخر على دعواه ، وكان هذا الدليل يحتاج إلى ما يعززه أو ما يجعله جائز القبول ، كالقرائن والبينة في الأحوال التي تجب فيها الكتابة ، جاز له التمسك بأقوال المقر لا باعتبارها إقراراً قانونياً وإنما باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة[1] ، وحينئذ لا يكون ثمة محل لتطبيق قواعد الإقرار — بما فيها قاعدة عدم التجزئة — على هذه الأقوال[2] .

ونسترعى النظر إلى أن عدم تجزئة الاعتراف لا محل للقول به في المواد الجنائية لأن الإقرار ليس حجة بذاته في هذه المواد ، وإنما يتوقف أثره على اقتناع القاضي الذى يجوز له أن يأخذ به كله أو بعضه أو أن يرفضه بأكمله[3] .

(١) السنهوري ، المرجع السابق ص ٥٠٦ هامش ١ — سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٧٠ .

(٢) في هذا المعنى ، نقض جنائي ٥ فبراير ١٩٤٥ ، المحاماة س ٢٧ ص ٣١٥ ، نقض جنائي ٢١ يونيه ١٩٤٢ ، المحاماة ٢٦ ص ٢٢٠ وقد جاء فيه « إن القول بعدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون في الدعوى أدلة غير الإقرار ، أما إذا كانت هناك أدلة أخرى غيره فإن المحكمة يكون لها أن تقضى فيها بناء على هذه الأدلة متى اقتنعت بها . . . » . وانظر أيضاً نقض مدني ٥ ديسمبر ١٩٤٠ (وموضوعه إقرار ببيع موصوف بشروط وتحفظات) ، مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ٢٧٩ ، نقض مدني ٩ يونية ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ ص ٧٩٧ . ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا أقر شخص بتحديد وأقر بعدم صحة السبب الوارد في عبارة التحويل . . . الخ حيث يظهر من هذا الحكم أن قابلية الإقرار للتجزئة عند الاستناد إليه كمبدأ ثبوت بالكتابة متروك تقديرها لقاضي الموضوع بحيث يكون له أن يقبل التجزئة أو يرفضها حسبما تقضى به ظروف الدعوى — نقض جنائي أول فبراير ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ٢٤٧ . وانظر في هذا المعنى ، السنهوري جـ ٢ هامش ص ٥٠٧ .

(٣) نقض جنائي ٣ مايو ١٩٤٣ ، المحاماة س ٢٦ ص ٦ ، نقض جنائي ٦ يناير ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء س ١ ص ٢٠ .

الاقرار غير القضائى

٤٦٤ – أشار التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٥٤ منه إلى أن الإقرار الذى يحتج به على الخصم إما أن يكون خارج القضاء وإما أن يكون أمام القضاء ، ثم نص فى المادة ١٣٥٥ على أن الادعاء بصدور إقرار شفوى محض خارج القضاء **aveu extrajudiciaire purement verbal** لا يجدى فى جميع الأحوال التى لا يجوز فيها إثبات الدعوى بالبينة ، ثم بين فى المادة ١٣٥٦ أحكام الإقرار القضائى فذكر أنه حجة كاملة على المقر ، وأنه لا تصح تجزئته ولا يجوز الرجوع فيه إلا لغلط فى الواقع ، وسكت عن الإقرار غير القضائى . ولم يعرض التشريع المصرى للإقرار غير القضائى لا فى التقنين المدنى الملغى ولا فى التقنين القائم ولا فى قانون الإثبات الجديد ، حيث اقتصرت هذه القوانين على تنظيم الإقرار القضائى فقط ، فاعتبر أمر الإقرار غير القضائى متروكاً للقواعد العامة والاجتهاد(١) .

والإقرار غير القضائى يشترك مع الإقرار القضائى فى طبيعته من حيث إنه عمل قانونى إخبارى من جانب واحد وأنه يعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف وأنه حجة قاصرة . ويختلف عنه فى أنه لا يصدر فى مجلس القضاء فى القضية ذاتها المتعلقة بالمقر به .

قوة الاقرار غير القضائى

٤٦٥ – يرى فريق من الفقه فى فرنسا أن أمر تقدير الإقرار غير القضائى

---

(١) السنهورى ، المرجع السابق ص ٤٧٦ فقرة ٢٤٦ .

وكذلك فعل التقنين المدنى العراقى فى المواد ٤٦١ وما بعدها . أما تقنين الالتزامات والعقود التونسى فقد عرض لنوعى الإقرار فى المواد ٤٢٨ – ٤٣٠ ونص على كيفية إثبات الإقرار غير القضائى فى المادة ٤٣٧ . وكذلك فعل تقنين الالتزامات والعقود المغربى فى المادة ٤٠٠ وما بعدها . وتناول تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى إثبات الإقرار غير القضائى فى المادة ٢٢٢ . وعرف قانون البينات السورى كلا من الإقرار القضائى وغير القضائى فى المادتين ٩٤ و ٩٥ ثم أورد حكم الإقرار غير القضائى فى المادة ١٠٢ . أما القانون المدنى الليبى فإنه ينص فى المادة ٣٩٨ منه على أن « الإقرار الذى يقضى به الخصم أو من يمثله خارج مجلس القضاء يعد إقراراً قضائياً فى نفس الدرجة والمفعول . وإذا أفضى بالإقرار لشخص ثالث أو وجه الإقرار فى وصية فتترك حرية البت فيه لتقدير القاضى . ولا يجوز إثبات الإقرار المدلى به خارج مجلس القضاء عن طريق شهود إذا كان منصباً على موضوع لا يسمح القانون إثباته بشهود » . وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٣٥ من التقنين المدنى الإيطالى الحالى .

متروك للقضاء لأنه لا يكون محوطاً بالضمانات الكافية لتوفير الشروط اللازمة(١) . ويبنون على ذلك أن للقاضى أن يأخذ به أو يطرحه ، وليس من المحتم على القاضى دائماً أن يخضع لقاعدة عدم التجزئة ، ويمكن للقاضى أن يقبل عدول المقر عن إقراره ولو لم يكن سبب الإقرار خطأ فى الوقائع ، وأنه لا رقابة لمحكمة النقض فى كل ذلك على قاضى الموضوع .

وقد أخذت بعض المحاكم المصرية بذلك أيضاً ، وأيدها فيه بعض الفقهاء ، ثم اعتنقته محكمة النقض حين قضت بأن الإقرار غير القضائى يخضع لتقدير القاضى الذى يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض ، كما أن له مع تقدير الظروف التى صدر فيها أن يعتبره دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو ألا يأخذ به أصلا (٢) . بينما نادى فريق من الفقه بالتسوية بين نوعى الإقرار فى أحكامهما تأسيساً على أن الفرق بينهما لا يمس طبيعتهما فى شىء وإنما يتعلق بظروف صدور الإقرار فى مجلس القضاء أو فى غيره ، ولما كان ظرف صدور الإقرار فى مجلس القضاء ليس من شأنه سوى توفير

---

(١) أوبرى جـ ١٢ ص ١٣١ – ١٣٢ وهامش ٤١ وقد أشار إلى الحكم المنشور فى سيرى ١٩٠١ – ١ – ١٧٣ وقد ورد فيه : **Mais Comme, à la difference de l'aveu judiciaire les aveux extrajudiciaires faits dans des circonstances moins solonnelles ne presentent pas par eux mêmes des garanties suffisantes de l'existence de ces conditions, le legislateur a dû s'en apporter aux tribunaux pour l'appreciation de la force probante de ces aveux.**

(٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٦٣ س ١٤ ص ١١٨٧ – نقض ٢٨ يونية ١٩٦٢ س ١٣ ص ٨٦٤ .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن « الإقرار الوارد بإحدى الشكاوى الإدارية يعد إقراراً غير قضائى ويخضع بهذه المثابة لتقدير القاضى الذى له مطلق الحرية فى تقدير قوته فى الإثبات وفى أن يجزئه فيأخذ ببعضه دون البعض الآخر تأسيساً على أن الأمر بشأنه متروك للقواعد العامة ، إذ لم يعرض له القانون المدنى بنص يبين حجيته فى الإثبات أسوة بما أوردته المادة ٤٠٩ منه فى شأن الإقرار القضائى » – نقض مدنى ٣ فبراير ١٩٧٠ س ٢١ ص ٢٣٢ .

بيد أنه مع ذلك يبدو أن محكمة النقض ترى أن الإقرار المستفاد من دفاتر التاجر المنتظمة هو بطبيعته إقرار غير قضائى لا تجوز تجزئته – نقض مدنى ٢٢ مايو ١٩٦٣ س ١٤ ص ٦٩٣ وقد جاء فيه أنه « وإذ كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد عول على بعض بيانات هذه الدفاتر واعتبرها إقراراً مركباً لا تجوز تجزئته بينما لم يكن قد تحقق من انتظام هذه الدفاتر وقضى بتعيين خبير لبحثها وبيان ما إذا كانت منتظمة وتمثل الحقيقة أو لا ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه » .

الثقة فى ثبوت الإقرار وجديته ، كان من الصعب التسليم باختلاف آثار الإقرار غير القضائى – متى ثبت وجوده وجديته – عن آثار الإقرار القضائى(١) .

٤٦٦ – هذا ولا يصح قبول عدول المقر عن إقراره إذا لم يكن هناك خطأ فى الوقائع أو فى القانون ، ذلك لأن الإقرار عقد فردى متى صدر تم العقد وليس عقداً تبادلياً يحتاج إلى قبول ، وما قلناه فى هذا الشأن عن الإقرار القضائى يسرى على الإقرار غير القضائى .

الاقرار الجنائى

٤٦٧ – ذكرنا أن الإقرار الجنائى لا يقيد المحكمة وتجوز تجزئته مع أنه قد يبنى عليه الحكم بتعويض مدنى . غير أنه إذا كان موضوع الإقرار عقداً مدنياً كالوديعة أو العارية واتهم شخص بتبديد الشىء المودع أو المعار وجب إثبات عقد الوديعة أو العارية أولا بالطرق المدنية . وكذلك إذا اتهم شخص بحلف يمين كاذبة على أنه ليس فى ذمته دين يجب أن يثبت الدين أولا طبقاً للقواعد العامة . ويترتب على ذلك أن إقرار المتهم بالوديعة أو العارية أو الدين يجب أن يخضع للقواعد المدنية من حيث التجزئة وعدمها(٢) .

---

(١) سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما ص ٨٦ و ٨٧ . وهذا الفقيه يرى أن الإقرار غير القضائى كالإقرار القضائى حجة قاطعة لازمة لا تتجزأ – نفس المرجع ص ٨٨ و ٨٩ .

– هذا وقد قضت محكمة النقض بأن ثبوت الإقرار غير القضائى بورقة عرفية موقع عليها من المقر يجعله حجة على من صدرت منه تلك الورقة ولا يجوز لهذا الأخير أن يتنصل من هذا الإقرار الوارد فيها بمحض إرادته إلا بمبرر قانونى – نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٦٤ س ١٥ ص ٢٦٣ .

(٢) نشأت ، المرجع السابق ص ٦٢ بند ٥٢٥ مكرراً (أ) وهامش (٢) ص ٦٣ حيث أورد حكماً لمحكمة طنطا قالت فيه إن الاعتراف الجنائى يكون غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه عقداً من العقود المدنية تتوقف عليه الجريمة وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها طبقاً لأحكام القانون المدنى . وإنما أجاز المشرع تجزئة الإقرار الجنائى لكى يترك للقاضى الجنائى الحرية فى تكوين عقيدته للحكم فى الدعوى الجنائية وفى سبيل الحكم فيها ولا يمكن أن يؤخذ بهذه التجزئة للفصل فى دعوى مدنية تكون مرتبطة بها أى تكون أساساً لها .

المبحث الثالث

اليمين(١)

٤٦٨ – اليمين هى استشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه(٢) . وهى إما أن تكون يميناً قضائية serment judiciaire تؤدى أمام القضاء ، أو غير قضائية serment extrajudiciare تؤدى أو يتفق على تأديتها فى غير مجلس القضاء . وإذا وقفنا عند اليمين القضائية ، وهى اليمين الغالبة ، وجدناها نوعين : (١) اليمين الحاسمة serment décisoire وهى يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع . (٢) اليمين المتممة serment suppl-étoire, supplétif وهى يمين يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التى قدمها هذا الخصم .

وتلحق باليمين الحاسمة يمين الاستيثاق serment libératoire ويمين العلم serment de crédulité, de crédibilité وتلحق باليمين المتممة يمين التقويم serment estimatoire.

وتوجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانونى acte juridique إذ هو إرادة الخصم الذى يوجه اليمين فى أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة acte juridique unilatéral ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين . هذا إلى أن توجيه اليمين تصرف شرطى acte-condition ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته فى أن ينتفع بنظام استقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم لهذه الأحكام تبديلا(٣) .

واليمين الحاسمة لا يجوز أن توجه إلا فى واقعة قانونية ، أى فى مسألة من مسائل الواقع ، لا فى مسألة من مسائل القانون . ذلك أن استخلاص حكم

---

(١) أنظر نشأت ط ١٩٧٢ ص ٦٩ – ٨٥ – سليمان مرقس ، الإقرار واليمين ط ٧٠ ص ١١٣ – ٢٢١ ، السنهورى جـ ٢ ص ٥٤٠ .

(٢) أنظر المادة ١٢٧ من قانون الإثبات المصرى و ١٢٩ من قانون البينات السورى و ٩٢ من قانون المرافعات العراقى و ٧١ مرافعات كويتى .

(٣) سليمان مرقس ، أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١ .

القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم الذين لا يكلفون بإثبات مسائل القانون ، فحكمها من هذا الوجه حكم الإقرار[1] .

وإنما يجوز أن يكون موضوع اليمين أمراً يخالف قرينة قضائية أو قرينة قانونية غير قاطعة أو قرينة قانونية قاطعة إلا أنها غير متعلقة بالنظام العام كقرينة الوفاء التي بني عليها تقادم بعض الديون بالمدد القصيرة والمنصوص عليها في المادة ٢٧١ مدني وما بعدها .

عدم مخالفة الواقعة للنظام العام

٤٦٩ — ويجب أن تكون الواقعة التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب[2] . ذلك أن توجيه اليمين تحكيم ، وهو والإقرار في هذا سيان . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين في وصية تزيد على الثلث ولا في هبة عقار لم تكتب في ورقة رسمية لأن الواقعة تخالف القانون . ولا يجوز توجيه اليمين في النسب ولا في الجنسية لأن هذا يخالف النظام العام . ولا يجوز توجيه اليمين في إيجار منزل للعهارة أو المقامرة لأن هذا يخالف الآداب . ويقاس على ذلك عدم جواز توجيه اليمين في دعوى يدفع فيها بالتقادم إذا لم يكن مبنياً على افتراض الوفاء ، أو يدفع بعدم جواز سماعها لحجية الأمر المقضي ، أو يطلب فيها إثبات التزام طبيعي مع الحكم بتنفيذه ، أو إثبات اتفاق على ربا فاحش[3] . كما لا يجوز توجيه اليمين في دعوى جنائية ولا في دعوى مدنية مرفوعة أمام محكمة جنائية سواء من المجني عليه إلى المتهم أو من هذا الأخير إلى المجني عليه . ولا يجوز توجيه اليمين كذلك على أحد شقي الإقرار المركب الغير قابل للتجزئة . ويمكن إجمال ذلك بالإحالة إلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ .

(٢) أنظر المادة ١١٥ من قانون الإثبات المصري و٤٧٢ مدني عراقي و ١١٤ بينات سوري و ٤٠٠ مدني ليبي و٢٢٩ أصول محاكمات مدنية لبناني و ٥٠٠ التزامات وعقود تونسي و ٦٧ مرافعات كويتي .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة لو صحت كانت جريمة ، لأنه لا يصح أن يكون النكول من اليمين دليلا على ارتكاب الجريمة — ١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠ . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإثبات الربا الفاحش (أي واقعة فردية) لأن ذلك وإن كان يؤدي إلى إثبات ركن من أركان جريمة الربا الفاحش إلا أنه لا يمس النظام العام في شيء — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٨٨ ص ٢٧٩ .

ما ذكرناه في الإقرار ، فكل ما يجوز إقرار الخصم به يجوز فيه توجيه اليمين إليه عند إنكاره ، والعكس صحيح .

ولكن إذا وجهت اليمين من الشخص الذي كان ضحية الواقعة غير المشروعة لإثبات هذه الواقعة وترتب حكم القانون عليها ، فإن هذا يجوز ، فيجوز للمقترض أن يوجه اليمين إلى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذي يطالب به لا يشتمل على فوائد ربوية فاحشة ، ويجوز للمدين بسند أن يوجه اليمين إلى الدائن ليحلف على أن سبب الدين ليس سبباً غير مشروع كمقامرة أو رهان[1] .

الغلط في الواقع والغلط في القانون

٤٧٠ — وإذا كان توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني ، فإنه يشترط أن يكون غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ويكون توجيه اليمين مشوباً بالغلط في الواقع إذا أخفى الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن الخصم الذي وجه اليمين مستنداً صالحاً لإثبات دعوى الخصم الثاني ، فيعتقد هذا عن غلط ، ألا سبيل أمامه إلا توجيه اليمين . وقد يكون الغلط في القانون ، كما إذا اعتقد الخصم الذي وجه اليمين أن البينة ممنوعة قانوناً ، وليست معه كتابة تثبت ما يدعيه ، فوجه اليمين إلى خصمه ، ثم تبين بعد توجيه اليمين أن القانون يجيز البينة .

٤٧١ — وقد يكون الخصم الذي وجه اليمين إنما وجهها بسبب تدليس وقع عليه من خصمه ، بأن أوهمه هذا مثلا أن القانون لا يجيز له الإثبات بالبينة فليس أمامه من سبيل غير توجيه اليمين . وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه وقع على الخصم خارج مجلس القضاء ، فلم ير بداً من توجيه اليمين إلى خصمه ، ولا يعد إكراهاً أن يجد الخصم نفسه مجرداً من أي دليل على حقه فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يستجد بعد ذلك دليل يحصل عليه . وفي جميع الأحوال التي يكون فيها توجيه اليمين مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن يحلف[2] .

(١) السنهوري في الوسيط جـ ٢ ص ٥٤٢ فقرة ٢٨٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٢٣ فقرة ٢٧٢ — أحمد نشأت ، المرجع السابق رقم ٤٦٦ ص ٣٣٣ .

شروط رد اليمين

٤٧٢ — يشترط فى رد اليمين ما يشترط فى توجيهها ، إذ رد اليمين كتوجيهها تصرف قانونى بإرادة منفردة . فيشترط فى الرد إذن كمال أهلية التصرف ، والخلو من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه ، والخلو من التواطؤ والصورية ، وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره فى الرد(١) .

وغنى عن البيان أنه لا يجوز التوكيل أصلا فى حلف اليمين لأن النيابة تجرى فى الاستحلاف ولا تجرى فى الحلف. كما لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التى يحلفها الوصى فى حق القاصر إذ أن أداء اليمين الحاسمة على من أعمال التصرف التى لا يجوز له مباشرتها(٢) .

وإذا أعلن الخصم الذى وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف امتنع على الخصم الذى وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك ، فإن رجع رفضت دعواه لأنه ترك بتوجيه اليمين أو ردها ما عداه من طرق الإثبات وذلك ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط فى القانون أو تدليس أو إكراه(٣) .

---

(١) وفى الفقه الإسلامى خلاف فى جواز رد اليمين : الحنفية لا يجيزون الرد ، والمالكية والشافعية يوجبونه إذا نكل المدعى ، وابن تيمية لا يجيز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعى — طرق القضاء للأستاذ أحمد ابراهيم ص ٢٦٣ — ٢٦٩ . وجاء فى البدائع ، فى الخلاف ما بين الحنفية والشافعية فى هذه المسألة ، ما يأتى « فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فإن القاضى يقضى عليه عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين إلى المدعى فيحلف فيأخذ حقه » .

(٢) نقض مدنى ١٢ إبريل سنة ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٥٥ .

(٣) وفى الفقه الإسلامى لا تجوز البينة بعد حلف اليمين إلا لعذر على قول ضئيل فى المذهب المالكى . جاء فى الشرح الكبير للدردير على مختصر الخليل : « وإن أنكر المدعى عليه أى أجاب بالإنكار ، قال القاضى للمدعى ألك بينة ، فإن قال نعم أمره بإحضارها وأعذر للمدعى عليه فيها كما يأتى . فإن نفاها بأن قال لا بينة لى واستحلفه أى طلب المدعى تحليفه ، وحلف ، فلا بينة تقبل للمدعى بعد ذلك إلا لعذر كنسيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها ، وأدخلت الكاف عدم علمه بها ثم علم ، كذا إذا ظن أنها لا تشهد له ، أو أنها ماتت ، فله القيام بها إن حلف على ذلك . فلو شرط المدعى عليــه على المدعى عدم القيام ببينة يدعى نسيانها أو عدم علمه بها وفى له بشرطه » — حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤ ص ١٤٦ . ولكن جمهور الفقهاء على أن البينة تجوز بعد حلف اليمين ، وقد جاء فى —

اليمين المتممة وآثارها

٤٧٣ — اليمين المتممة إجراء من إجراءات التحقيق يستنير به القاضى وليست دليلا قائماً بذاته . ويترتب على ذلك عكس النتائج التى تترتب على اليمين الحاسمة وأهمها أنه يجوز توجيهها فى أمر غير حاسم فى الدعوى ، وفى بعض الطلبات دون البعض الآخر ، ولا يجوز للخصم الذى يكلف بها أن يردها إلى الخصم الآخر (المادة ١٣٠ إثبات) (١) ، وذلك لأنها ليست موجهة إليه من خصمه لحسم موضوع النزاع بينهما ، بل من القاضى باعتبارها وسيلة لاستكمال قناعته بمبدأ الثبوت الموجود فى الدعوى(٢) . وهى ليست حجة ملزمة للقاضى الذى له أن يأخذ بها بعــد أن يؤديها الخصم أو لا يأخذ(٣) ، ولا يتحتم عليه أن يحكم على الخصم الذى نكل عنها ، بل يجوز لهُ بعد نكول هذا الأخير أن يوجهها إلى الخصم الآخر ، بل إن للقاضى أن يعدل عنها بعد توجيهها إذا وجد أدلة أخرى كافية (٤) .

— البدائع فى هذا المعنى « وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقا ، بل مؤقتا إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء . وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق ، حتى لو أقام البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة ، وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة والجامع أن حقه فى أحدهما فلا يملك الجمع بينهما . والصحيح قول العامة ، لأن البينة هى الأصل فى الحجة لأنها كلام الأجنبى ، فأما اليمين فكالخلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة ، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف فكأنه لم يوجد أصلا » البدائع ج ٦ ص ٢٢٩ . وانظر ما ذكرناه عن اليمين فى الفقه الإسلامى بالكتاب الأول ص ٢٠٨ — ٢١٧ .

(١) وتقابلها المادة ٤٨٥ مدنى عراقى والمادة ٤١٦ مدنى مصرى الملغاة .

وتشترط المادة ١٣٦٧ مدنى فرنسى فى توجيه اليمين المتممة ألا تكون الدعوى ثابتة بأدلة كاملة وألا تكون خالية من كل دليل ، أى أن يكون فيها دليل ناقص لا يكفى وحده لاعتبار الواقعة المدعى بها ثابتة .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق فقرة ٣١٢ — الصدة ، المرجع السابق ص ٤٦٦ .

(٣) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٦٢ س ١٣ ص ٥٧١ ، نقض ١٣ يناير ١٩٥٥ س ٦ ص ٤٧٣ وقد جاء فيه أن محكمة الاستئناف لا تتقيد بما رتبته محكمة أول درجة على اليمين المتممة لأنها لا تحسم النزاع ولا تحول دون استئناف الحكم المؤسس عليها . كما جاء فى الأول أنه يجوز لمحكمة الاستئناف إذا ألغت حكم محكمة أول درجة المبنى على نتيجة اليمين المتممة أن تبنى قضاءها على اطراح نتيجة تلك اليمين دون حاجة إلى إلغاء حكم توجيهها .

(٤) السنهورى ، المرجع السابق ص ٥٨١ . وانظر حكماً صادراً من محكمة استئناف حلب (غرفة مدنية ثانية) ٢٦ كانون الثانى ١٩٥٥ مجلة نقابة المحامين بدمشق مجلد ١٩ ص١١٩ —

هذا ولا تشترط أهلية خاصة فيمن توجه إليه هذه اليمين لما تقدم من أنها لا تعتبر تصرفاً قانونياً بل مجرد إجراء من إجراءات التحقيق ، فتكفى فيها أهلية التقاضى عموماً ، ويجب أن يكون توجيهها إلى خصم أصلى فى الدعوى ، فلا يجوز توجيهها إلى وكيل الخصم ولا إلى خصم ليس أصيلا فى الدعوى كالدائن رافع الدعوى غير المباشرة .

يمين التقويم

٤٧٤ – تنص المادة ١٢١ إثبات على أنه «لايجوز للقاضى أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ويحدد القاضى حتى فى هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه» . وهذه اليمين تسمى يمين التقويم ، وهى نوع من اليمين المتممة لأنها تندرج تحت نص المادة ١١٩ / ١ إثبات [1] المتعلق باليمين المتممة بوجه عام والذى يجيز للقاضى أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه فى موضـــوع الدعوى أو «فى قيمة ما يحكم به» . ومحل هذه اليمين أن يكون موضوع الدعوى استرداد شىء أصبح رده بعينه مستحيلا فيجب الحكم بقيمته ، ولا تكون ثمة وسيلة لتقدير قيمته غير التعويل على قول أحد الخصمين ، فيتعين أن يكلف القاضى المدعى بحلف اليمين على صحة تقويمه لهذا الشىء [2] . ومثل ذلك دعوى استرداد الشىء المسروق أو المودع عند عدم إمكان العثور عليه ورده عيناً .

ويؤخذ من النص أن المدعى لا يستطيع رد يمين التقويم التى توجه إليه على خصمه ، كما يؤخذ منه أنه يشترط لتوجيهها أن يعين القاضى حداً أقصى

= وقد جاء فيه أن القرار المتضمن تحليف اليمين التكميلية إلى أحد الفريقين لا يقيد من وجهة نظر المحكمة ، وفى إمكانها أن تحكم بالتالى لمصلحة الحالف أو لمصلحة الشخص الآخر الذى لم يجر تحليفه أو لمصلحة المطلوب تحليفه فى حال رفضه ، وعليه يجوز للمحكمة أن ترجع عن قرارها المتضمن تحليف أحد الطرفين اليمين التكميلية وذلك لأى سبب كان .

(١) وهى تقابل المادة ١٣٦٩ مدنى فرنسى وتطابقها المادة ٤٨٣ مدنى عراق و ١٢٢ بينات سورى و ٤٠٦ مدنى ليبى – وتقابلها المادة ٦١٢ تونسى و ٢٤٠ مرافعات لبنانى . ولم يكن لها مقابل فى التقنين المصرى الملغى .

(٢) فإذا قضى القاضى فى هذه الحالة للمدعى بالقيمة التى طلبها دون تحليفه يمين التقويم ، كان قضاؤه باطلا متعينا نقضه – فى هذا المعنى تمييز بغداد فى ١٠ أغسطس ١٩٦٤ مجموعة قضاء تمييز العراق جـ ٢ ص ٢٨٢ .

لقيمة الشىء الذى صار رده بعينه مستحيلا وليس من وسيلة أخرى لتقدير قيمته التى يمكن أن يصدق فيها المدعى بيمينه [1] . أما فيما يتعلق بالحجية فإن يمين التقويم ، وهى لا تعدو كونها نوعاً من اليمين المتممة ، لا تقيد القاضى ، فيجوز له أن يقضى بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه إذا أنس مبالغة فى تقديره ، وكذلك يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تزيد أو تنقص المبلغ الذى قضت به المحكمة الابتدائية .

يمين الاستظهار ويمين الاستحقاق ويمين العيب ويمين الكذب بالاقرار

٤٧٥ – من أنواع اليمين المعروفة فى الفقه الإسلامى ، يمين الاستظهار والاستحقاق والعيب . وقد سبق أن تكلمنا على يمين الاستظهار فى الكتاب الأول فنحيل على ما ذكرناه بشأنها هناك منعاً من التكرار [2] . أما يمين الاستحقاق فيوجهها القاضى لمن يدعى استحقاق مال ويقيم البينة على صحة دعواه ، فيحلفه القاضى على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه ما . . . والثالثة يوجهها القاضى إلى المشترى الذى يريد أن يرد المبيع لعيب فيه ، فيحلفه القاضى على أنه لم يرض بالعيب قولا أو دلالة ولا تصرف فيه تصرف الملاك [3] .

وقد نص المشرع العراقى على هذه الصور الثلاث من اليمين فى المادة ٤٨٤ من التقنين المدنى التى تجرى بأن «تحلف المحكمة من تلقاء نفسها فى الأحوال الآتية : (أ) إذا ادعى أحد فى التركة حقاً وأثبته فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا أبرأه ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت فى مقابلة هذا الحق رهن . (ب) إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه حلفته

(١) وعلة هذا التحديد أن القاضى يركن إلى ذمة المدعى لتقدير قيمة مصلحة شخصية له – أنظر المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٤٦٦ .

(٢) راجع ص ٢٠٩ بند ١٢٤ . وانظر أحمد ابراهيم فى طرق القضاء ص ٢٣٨ حيث يشير إلى أن فى الشريعة الإسلامية نوعا من اليمين يشبه اليمين المتممة ويسمى يمين الاستظهار ، وأن توجيهها محصور فى مسائل خمس من بينها ما يعرف بيمين الاستحقاق ويمين العيب . وهو لا يرى معنى لحصر هذه اليمين فى مسائل معينة بل كلما وجد المعنى الذى من أجله توجه اليمين فى هذه المسائل فى مواضع أخرى كان للقاضى توجيهها لوجود المقتضى لها .

(٣) المادة ١٧٤٦ من المجلة . أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ص ٤٣٤ .

المحكمة على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه[1] . (ج) إذا أراد المشترى رد المبيع لعيب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة[2] .

ونص قانون البينات السورى على هذه الصور وأضاف إليها رابعة هى صورة ما إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفعته بأى وجه من الوجوه (المادة ١٢٣) .

أما يمين الكذب بالإقرار فإنها تفترض إقراراً صدر من المدعى عليه بورقة أبرزها المدعى ، ثم منازعة من المدعى عليه فى حقيقة ما دون بهذه الورقة ، أى أنها تفترض أن المدعى عليه معترف بصدور الورقة منه أو من الشخص المنسوبة إليه ولكنه منكر أن ما تضمنته الورقة يطابق حقيقة الواقع ، وهذا أشبه ما يكون بالطعن بالصورية . وقد تساءل أئمة الفقه الإسلامى عما إذا كانت تقبل اليمين لإثبات عدم حقيقة ما ورد فى الورقة المعترف بصدورها ممن نسبت إليه ، وأجاب على ذلك أبو يوسف – دون غيره من أئمة الأحناف – بالإيجاب . وبقوله أخذت المجلة فى المادة ١٥٨٩ حيث قضت بأنه « إذا ادعى أحد كونه كاذباً فى إقراره الذى وقع ، يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً . . . »[3] . وتنص المادة ١١١ مرافعات عراقى على أنه « إذا أقر المدعى عليه بالسند المبرز العادى أو المصادق من الكاتب العدل وادعى الكذب بالإقرار ، جاز له أن يطلب تحليف المدعى اليمين بعدم الكذب بالإقرار ، ولا يسمع هذا الادعاء على السندات المنظمة رأساً من الكاتب العدل ولا على الإقرار الواقع بحضور المراجع الرسمية ذات الاختصاص إذا صرح فى السند بحصول الواقعة بمشاهدة من الموظف المختص » . ومؤدى

(١) فإذا قضى للمدعى بما ادعاه على التركة دون تحليفه اليمين ، وكذلك إذا قضى للمدعى بالاستحقاق دون تحليفه ، كان الحكم باطلا متعينا نقضه – تمييز العراق ٧ نوفمبر ١٩٦٥ و ٢٩ أكتوبر ١٩٦٥ مجموعة قضاء تمييز العراق جـ ٣ ص ١٤٠ و ١٤١ .

(٢) كذلك تنص المادة ٥١٠ التزامات وعقود تونسى على أنه إذا تعلقت الدعوى بغائب أو بتركة المدين أو بصغير وغيره ممن ليس بأهل التصرف أو بجانب وقف ، كان على الحاكم توجيه يمين الاستيفاء على الطالب وإلا بطل الحكم . لكن يسوغ التصالح فى هاته اليمين .

(٣) أنظر فى شرح هذا النص ، حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، بغداد ١٩٤٨ ص ٢٠١ .

هذا النص أن موقع السند العرفى أو السند الرسمى المعترف بتوقيعه يجوز له مع ذلك أن ينكر حقيقة الواقعة المدونة فى هذا السند ، أى أن يدعى كذب ما أقر به فى السند المذكور بشرط ألا تكون الواقعة التى ينكر حقيقة إقراره فى شأنها مما شهد بحصوله أمام الموظف العام الذى قام بتحرير السند الرسمى أو الذى تم ذلك السند بحضوره . وفى هذه الحالة يجوز له تحليف المدعى بعدم الكذب فى الإقرار المذكور ، فإن حلف حكم له ، وإلا رفضت دعواه[1] .

هل توجه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط

٤٧٦ – لم يرد فى القانون الفرنسى نص على ذلك ، وأما القانون الألمانى فقد نص صراحة على جواز توجيه اليمين الحاسمة بصفة احتياطية (المادتين ٤١٨ ، ٤١٩) . أما فى القانون المصرى فقد كانت المادة ١٦٦ / ١٨٧ مرافعات قديم تنص على عدم جواز التكليف باليمين الحاسمة لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها[2] .

وقد روى عند تنقيح قانون المرافعات عام ١٩٤٩ أن يستبعد منه نص المادة ١٦٦ / ١٨٧ باعتبار أن حكمها حكم موضوعى ليس محله قانون المرافعات ، ومن جهة أخرى لم يرد على هذا الحكم نص فى التقنين المدنى فكان ذلك دليلا على أن المشرع أخذ بالتكييف الجديد لليمين ، فلم يعتبرها صلحاً يتعين بموجبه على موجه اليمين أن ينزل عما يكون لديه من أدلة أخرى ، بل اعتبرها وسيلة أخيرة يلجأ إليها المدعى عند ما يعوزه الدليل ، فيجوز له أن يلجأ إليها على سبيل الاحتياط إذا كان لا يطمئن كل الاطمئنان إلى ما لديه من أدلة ، فيكون على المحكمة أن تبحث أدلة الخصم لتقضى بموجبها إن وجدتها كافية ، فإن لم تقتنع بها تعين عليها إعمال طلب توجيه اليمين ، أى ألا تلجأ إلى هذه الوسيلة الأخيرة إلا بعد أن تقتنع بعدم كفاية الأدلة الأخرى[3] .

(١) ضياء شيت خطاب ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقى ، بغداد ١٩٦٨ ص ٣٢٢ – سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢١٣ والحكم المشار إليه بهامش (٢) .

(٢) أنظر فى نقد هذا النص وفى تفسيره بأنه يشترط فقط أن تكون اليمين حاسمة وبأن توجيهها على سبيل الاحتياط لا يخل بهذا الشرط – الصدة ، المرجع السابق ص ٤٢٦ .

(٣) الصدة فقرة ٣٠٢ – سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٥٩ فقرة ٢١٩ – نشأت فقرة ٥٨١ .

ولأن قانون الإثبات المصرى أيضاً لم يعرض لهذه المسألة ، فيمكن القول بأنه أقر ضمناً الرأى السابق وهو الراجح فى الفقه والقضاء[1] .

الاتفاق مقدما على عدم توجيه اليمين

٤٧٧ — قد لا يرضى الشخص أن توجه إليه اليمين ، فيحتاط لذلك بالاتفاق مع من يتعاقد معه على عدم توجيه اليمين إليه فى أى نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل بسبب تنفيذ العقد ، فهل يكون هذا الاتفاق صحيحاً ويترتب عليه عدم جواز توجيه اليمين أو يعتبر باطلا ولا يمنع بالتالى من توجيهها ؟

قضت بالرأى الثانى محكمة الاستئناف المختلطة وبنت حكمها على أن الاتفاق فى هذه الحالة يكون حاصلا قبل وجود أية خصومة ، أى فى وقت لا يستطيع المتعهد فيه أن يقدر مدى تعهده[2] . أما المحكمة الوطنية فقد أجازت هذا الاتفاق ورتبت على ذلك امتناع توجيه اليمين ، وأقامت قضاءها على أنه ليس فى هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام والآداب وأنه جائز قانوناً إذ قد يتردد بعض الأشخاص كثيراً فى الحلف بسبب العقيدة الدينية وتأنيب الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف . وهذا الرأى الأخير هو الراجح فى الفقه[3] .

يمين الاستيثاق ويمين العلم

٤٧٨ — نصت المادة ٢٠١/١٩٣ تجارى على أن « الأوراق المحررة لأعمال

(١) السنهورى ، الوسيط جـ ٢ ص ٥٣٧ — نشأت جـ ٢ فقرة ٥٨١ .

وقد كانت المادة ١١٧ من مشروع قانون الإثبات تقضى بأنه « يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ولا يجوز التوكيل فى تأديتها » ، وحذف هذا النص عند مراجعة المشروع المراجعة النهائية ولم يبين سبب الحذف فى المذكرة الإيضاحية ، الأمر الذى يعود بنا إلى اجتهاد الفقه والقضاء فى ظل أحكام التقنين المدنى الحالى المتعلقة بالإثبات قبل إلغائها .

— على أن القانون العراقى لم يأخذ بالرأى الراجح المشار إليه بالمتن حيث نص صراحة فى المادة ٩٧ مرافعات على أن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة إلى الواقعة التى ترد عليها ، ولا يقبل توجيه اليمين بصفة احتياطية . فربط بذلك ربطاً تاماً بين توجيه اليمين وبين النزول عما عداها من أدلة .

(٢) انتقد الأستاذ نشأت بحق هذا الحكم لأن السبب الذى بنى عليه لا يكفى لبطلان الاتفاق — نشأت جـ ٢ فقرة ٢٨٥ .

(٣) السنهورى ، المرجع السابق ص ٥١٦ هامش (١) — الصدة ، المرجع السابق ص ٤٣٨ — سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٦١ و ١٦٢ .

تجارية يسقط الحق فى إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات » ؛ وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء من الدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين » . ونصت المادة ٣٧٨ / ٢ من القانون المدنى على أن « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة[1] أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا . وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

ويبين من هذه المواد أن يمين الاستيثاق يمين استثنائية شرعت لتعزيز قرينة الوفاء فى حالتين خاصتين لا يجوز القياس عليهما ، وهى تلحق باليمين الحاسمة من حيث إنها تحسم النزاع[2] ، ولا يجوز لمن حكم ضده بناء عليها أن يجدد النزاع ارتكاناً على أدلة أخرى لإثبات حقه أو إثبات كذب اليمين[3] .

ويختلف توجيه يمين الاستيثاق فى كل من هاتين الحالتين عنه فى الأخرى فهو فى الديون المدنية يكون واجباً على القاضى بحكم القانون فلا يتوقف على إرادة المدعى ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٧٨ / ٢ مدنى أخذاً بما ذهب إليه الفقه والقضاء فى هذا الشأن فى ظل التقنين الملغى[4] ، وقد رتب بعض الشراح على ذلك إلحاق هـذه اليمين باليمين المتممة ولو أنها تختلف عنها فى نتيجتها ، أما فى الديون التجارية فيكون توجيهها بناء على طلب المدعى .

أما يمين العـلم فتتميز بأن موضوعها ليس الأمر الذى يدور عليه النزاع ذاته بل هو علم من توجه إليه بصدور هذا الأمر أو بعدم صدوره من شخص آخر أو عدم علمه بذلك . ولذلك فهى بطبيعتها ليس فيها ما يحتم أن تكون يميناً حاسمة بل يجوز أن تكون متممة فى الحالات التى يرى القاضى

(١) والحقوق التى تتقادم بسنة هى التى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة وتشمل حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم وحقوق العمال والخدم والأجراء .

(٢) نقض جنائى ١٧ نوفمبر ١٩٤١ ، المحاماة س ٢٢ ص ٤٧٦ .

(٣) نشأت ط ٦ فقرة ٥٩٠ مكرر .

(٤) السنهورى فى الموجز فقرة ٦١٠ ، كامل مرسى فى التقادم فقرة ٥٦٦ ، نشأت فقرة ٥٩٠ مكرر .

فيها توجيه اليمين المتممة إلى شخص عن واقعة ليست خاصة به فيكتفى منه أن يحلف على علمه أو عدم علمه بهذه الواقعة .

ولم يكن التقنين المدنى الملغى ينص على يمين العلم إلا بمناسبة يمين الاستيثاق وهى حاسمة كما تقدم ، ولكن ذلك لم يمنع أن يوجه القاضى يمين العلم فى غير الحالات المنصوص عليها إلى ورثة من كان يجوز توجيه اليمين الحاسمة أو اليمين المتممة إليه باعتبار أن قصر اليمين على العلم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن يكون موضوع اليمين متعلقاً بالشخص المطلوب تحليفه(١) . وقد جرى القضاء فعلا على توجيه يمين العلم إلى الورثة أو الخلف فى جميع المنازعات المتعلقة بالمورث أو السلف ، ولم يقصر ذلك على الديون التجارية أو المدنية التى تنقضى بمدد قصيرة . أما التقنين الحالى فقد خطا خطوة فى سبيل تعميم يمين العلم ، إذ لم يكتف بالنص عليها فى حالتى يمين الاستيثاق ، بل نص فى المادة ٤١١ / ١ التى انتقل نصها إلى المادة ١١٥ / ٢ من قانون الإثبات على أنه يجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين الحاسمة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها ، فدل بذلك على أن اليمين الحاسمة قد لا تكون إلا يمين العلم ، ولكن ذلك لا يقطع بأن يمين العلم لا تكون إلا حاسمة ، ولا يمنع القاضى من توجيهها إلى ورثة من كان يرى توجيه اليمين المتممة إليه لو بقى حياً . ونحن نجد التقنين المدنى القائم يستحدث بالفعل حالة نص فيها على يمين العلم دون أن تكون تلك اليمين حاسمة ، فقد نص فى المادة ٣٩٤ منه على أن « تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط

(١) وليس فى يمين العلم التى نصت عليها المادة ٣٧٨ / ٢ مدنى من استثناء إلا ما يتعلق بتحليف الأوصياء ، فإن فيه خروجاً على قاعدة وجوب توجيه اليمين إلى نفس الخصم فى الدعوى لا إلى نائبه . ولذلك نرى قصره على الحالة المنصوص عليها فى هذه المادة وعدم تعديته بالقياس إلى حالات أخرى .

(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٤ . وانظر حكم محكمة استئناف أسيوط الذى اعتبر يمين العلم يميناً حاسمة وليست هى يمين الاستيثاق المنصوص عليها فى المادة ٢١٣ مدنى ، لأن المدعى هو صاحب الحق فى توجيهها وهو بطبيعة الأمور لا يلجأ إليها إلا إذا عجز عن إقامة الدليل على دعواه ومن ثم فإنه يلزم بنتيجة توجيهها – استئناف أسيوط ١٠ مارس ١٩٤٩ المحاماة س ٢٩ ص ٦٢٥ .

أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق » . ويبين من ذلك أن الورثة أو الخلف يجوز لهم إنكار صدور الورقة من المورث أو السلف ، ولكن يجوز لهم الاكتفاء بتقرير عدم علمهم بصدورها منه على أن يعززوا تقريرهم ذلك باليمين . ولا يترتب على حلفهم هذه اليمين حسم النزاع بشأن الورقة ، بل يفصل فى هذا النزاع وفق القواعد والإجراءات التى كانت تتبع لو أن المورث أو السلف بقى حياً وأنكر صدور الورقة منه . ويظهر من ذلك أن هذه اليمين هى أقرب إلى أن تكون يميناً متممة من نوع خاص يفرضها القانون نفسه على الورثة أو الخلف فى حالة لم يكن يقتضى الأمر فيها توجيه أى يمين إلى المورث أو السلف .

هل يمكن اثبات كذب اليمين

٤٧٩ — لم يرد عن ذلك نص فى القانون المدنى السابق . وقد قررت محكمة النقض أن الخصم الذى يوجه لخصمه اليمين الحاسمة فى دعوى مدنية يعتبر متنازلا عن حقوقه إذا حلف خصمه اليمين سواء كان صادقاً أو كاذباً ، ولا يجوز حينئذ لمن وجه اليمين أن يرفع مباشرة دعوى اليمين الكاذبة على خصمه . والنيابة التى لها وحدها الحق فى رفع الدعوى فى هذه الحالة لا يمكنها أن تبدى طلبات البتة فى الدعوى المرفوعة مباشرة بغير حق وإنما لها فقط أن ترفع دعوى عمومية(١) . وقد تقرر أيضاً — فى ظل القانون المدنى السابق — أنه حتى إذا ثبت كذب اليمين أمام المحكمة الجنائية لا يمكن للخصم أن يرفع الدعوى المدنية مرة أخرى مطالباً بما حلف عليه أو مطالباً بتعويضات(٢) ، وذلك بناء على أن موجه اليمين يعتبر متنازلا عن كل حق له إذا أديت ، ولا يملك فى حالة كذب اليمين سوى تبليغ النيابة العمومية بصفته أحد أفراد الهيئة الاجتماعية ، لأن من حق كل إنسان التبليغ عن الجرائم ، بل من واجبه فى بعض الأحيان . وقد قررت محكمة النقض أن كون موجه اليمين الحاسمة ممنوعاً بعد حلفها من المطالبة بأى حق من الحقوق — ذلك لا يمنع المحكمة من أن تعول على أقواله فى جريمة اليمين الكاذبة(٣) ، إذ لا يمكن

(١) المجموعة الرسمية ١٩١٢ ص ١٣٩ رقم ٦٩ .

(٢) أبو هيف ، مرافعات ص ٦٤٣ وقد أشار إلى جارسونيه جـ ٢ رقم ٢٩٨ .

(٣) مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ جنائى ص ٨١٧ رقم ٨٩٧ .

إثبات كذب اليمين بشهادة الشهود إذا كانت قيمة المحلوف عليه تتجاوز عشرة جنيهات (عشرين جنيهاً حالياً) لأنه للحكم بأن اليمين كاذبة يجب أن تثبت أولا الواقعة المدنية التي أديت اليمين عنها ، وهي لا تثبت هنا بشهادة الشهود ، ويجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مكملا بالشهود والقرائن ، أو بالشهود والقرائن إذا كان هناك مانع قانوني . وقد يكون هذا ممكناً في بعض الأحيان ، كما لو كان لشخص على الآخر دين بسند بحث عنه فلم يجده ، فوجه إليه اليمين الحاسمة فحلفها ثم وجد الدائن السند أو وجد خطاباً من المدين يدل على انشغال ذمته بالدين الذي أنكره باليمين . وقيل إنه إذا وجه شخص اليمين الحاسمة لآخر على صحة عقد يتمسك به فحلفها نيابة فإنه لا يمكنه أن يطعن فيه بالتزوير ليتوصل إلى الحكم برده وبطلانه حيث انحسم النزاع في شأن العقد باليمين(1) .

بيد أن المادة ٤١٣ من القانون المدني القائم ، التي حلت محلها المادة ١١٧ إثبات بعد أن قالت : لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه ، قالت : «على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده» . ويراعى أن الضرر الحادث من جراء رفض الدعوى ليس سببه توجيه اليمين كما ذهب إلى ذلك فريق من الفقه ما دام أن من وجه اليمين إنما استعمل حقاً أثبته له القانون .

الخلاصة

٤٨٠ — يخلص لنا مما تقدم أنه سواء كانت اليمين نوعاً من الصلح أو التنازل أو التحكيم على ما يراه الفقه والقضاء إلى الآن ، أو نوعاً خاصاً من التصرفات ، فهي بحسبانها تصرفاً قانونياً تكون باطلة إذا نشأت عن غش أو إكراه أو غلط أو كان موجهها أو رادّها ناقص الأهلية(2) . فإذا اعتقد

(١) نشأت جـ ٢ ط ٧ ص ١٠٠ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن «اليمين الحاسمة لا توجه إلا إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين ، ذلك أن كل خصم توجه إليه =

من وجه اليمين مثلا أن البينة ممنوعة قانوناً فوجه اليمين ثم تبين غلطه بعد ذلك ، كان توجيه اليمين مشوباً بغلط ، فإذا كان خصمه هو الذي أوقعه في هذا الغلط كان توجيه اليمين مشوباً بتدليس ، وفي هذه الأحوال يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف وحتى بعد أن حلف ، كما يكون له أن يطعن في الحكم الذي صدر بناء على اليمين بطريق الاستئناف أو التماس إعادة النظر حسب الأحوال(1) .

ولا يجوز أن يكون موضوع اليمين حكماً قانونياً لأن تطبيق حكم القانون من عمل القاضي الذي لا يتقيد فيه بتكييف الخصوم للواقعة القانونية . وإنما يجوز أن يكون موضوعها أمراً يخالف قرينة قضائية أو قرينة قانونية غير قاطعة أو قرينة قانونية قاطعة إلا أنها غير متعلقة بالنظام العام كقرينة الوفاء التي بني عليها تقادم بعض الديون بالمدد القصيرة .

ولا يجوز كذلك التوكيل أصلا في حلف اليمين لأن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف(2) . كما لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر إذ أن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال

= اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار بين الحلف والرد والنكول . ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق ، وأنه «متى كان الثابت أن الشركة (الدائنة الأصلية) قد اندمجت قبل رفع الدعوى في الشركة المطعون ضدها اندماجاً كلياً وكان يترتب على هذا الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها وبالتالي انتهاء سلطة مديرها وزوال كل صفة له في تمثيلها وفي التصرف في حقوقها ، فإن توجيه اليمين الحاسمة إليه عن واقعة الوفاء بالدين الذي لها في ذمة الطاعن (المدين) بعد أن زالت صفته في تمثيلها وأصبح لا يملك التصرف في حقوقها ومن بينها الحق المطالب به ولم يعد له حق المطالبة بإثبات الوفاء المدعى به من الطاعن — يكون غير جائز قانوناً» — نقض ٧ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٨٠١ .

(١) وفيما عدا أحوال الغلط والإكراه والتدليس وعدم الأهلية ، ومخالفة شروط صحة توجيه اليمين وصحة أدائها ، لا يصح مطلقاً الطعن في الحكم بأي وجه لا بطريق الاستئناف ولا بطريق الالتماس ، إذ هو حاسم النزاع نهائياً كما سبق أن ذكرت لأن توجيه اليمين يفيد التنازل عما عداها من أوجه الثبوت .

(٢) وأرى جواز توجيه اليمين إلى ممثل الشخص المعنوي ، كرئيس مجلس إدارة الشركة أو مديرها مثلا ، لأن اليمين هنا تكون موجهة في الحقيقة إلى الخصم الأصلي نفسه .

التصرف التى لا يجوز له مباشرتها[1] .

وإذا ما أعلن الخصم الذى وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف ، امتنع على الخصم الذى وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك ، فإن رجع رفضت دعواه لأنه ترك بتوجيه اليمين أو ردها ما عداه من طرق الإثبات وذلك ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط فى القانون أو تدليس أو إكراه على ما أوضحنا .

ولم يكن القانون المدنى السابق يسمح لمن وجه اليمين إلا بتبليغ النيابة ، وحتى إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى لم يكن له أن يطالب بتعويض أو يطعن فى الحكم المدنى . أما القانون القائم فإنه يسمح للمضرور برفع دعوى تعويض بعد الحكم الجنائى النهائى ، أو بأن يطعن فى الحكم المدنى إن كان الطعن ممكناً . وهذا عدل كان مطلوباً .

المبحث الرابع
العرف[2]

٤٨١ — يعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون[3] ، والمقصود

(١) نقض مدنى ١٢ إبريل ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٥٥ .

— ويشترط فيمن يوجه إليه اليمين ما يشترط فيمن يوجهها من أهلية ، أى أن يكون أهلا للتصرف فى موضوعها أو له ولاية فى ذلك ، فلا يجوز توجيهها إلى القاصر أو المحجور عليه ولا إلى وصيه أو القيم عليه ، لأن توجيه اليمين يترتب عليه تخيير الخصم بين الحلف وبين الرد أو النكول — نقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٨٥١ . وفى الرد والنكول تعريض حقه للضياع لأن الرد يعتبر بمثابة توجيه اليمين والنكول إما بذل وفداء حتى لا يحلف المدعى عليه ، وإما إقرار ضمنى بصحة دعوى المدعى ، وهؤلاء جميعاً لا يملكون أيا من البذل أو الإقرار .

وقد نصت المادة ١/٣٠٩ مدنى ليبى على أنه لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق بحقوق ليس للخصوم حق التصرف فيها .

(٢) راجع ص ٢٨٣ — ٢٩٨ وص ٢٦٤ — ٢٦٥ . ونقتصر الكلام على العرف هنا من ناحية الإثبات فحسب .

(٣) تنص المادة الأولى من التقنين المدنى على أنه « ١ — . . . ٢ — فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وورد بمذكرة المشروع التمهيدى « . . . وتعرض الفقرة الثانية لحالة نقص التشريع فتحيل القاضى =

بالعرف كما قدمنا هو القواعد الثابتة التى اعتاد الناس استعمالها زمناً طويلا تحديداً لعلاقاتهم فى التعامل ، فتصبح مرعية فى العمل ، ويطلق على العرف أحياناً « العلاقات القانونية » usages légales ، وذلك تمييزاً له عن العادات الاتفاقية usages conventionnelles المصطلح عليها فى المعاملات المدنية أو التجارية أو بين أصحاب العمل والعمال فى جهة معينة من جهات البلد أو القطر فهذه تعد فى مرتبة الاتفاقات التى تجرى بين الأفراد ولا تأخذ حكم القانون .

وإذا كان العرف يعتبر فى مرتبة القانون ، فهل يأخذ حكم القاعدة القانونية ، فيكون على القاضى البحث عن العرف وتطبيقه من تلقاء نفسه على واقعة الدعوى ، أو أنه يتعين على الخصم الذى يتمسك بالعرف أن يثبت وجوده ؟ .

يرى بعض الشراح أن العرف يتساوى مع القانون فيفترض علم القاضى به ولا يكلف الخصم بالتمسك به أو إثباته ، ويجب على القاضى تطبيقه من تلقاء نفسه وهو فى كل هذا يخضع لرقابة محكمة النقض[1] .

ويذهب رأى آخر إلى أن القاضى غير مكلف إطلاقاً بتطبيق العرف من تلقاء نفسه ، وأن من واجب الخصم الذى يتمسك به أن يقيم الدليل على

= مبدئياً إلى العرف وهى فى ذلك تتفق مع الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى السويسرى . والواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع فى المرتبة فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إن افتقد النص . وإذا كانت المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية قد اقتصرت على ذكر « العادات التجارية » فأكبر الظن أنها قصدت بذلك إلى استظهار ما للعرف من أهمية خاصة فى المعاملات التجارية لا إلى قصر نطاق تطبيق نوع من أنواع القواعد العرفية على هذه المعاملات دون غيرها ، فالعرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذى يتصل اتصالا مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٨) .

(١) أسكارا الموجز رقم ٧٣ ص ٤١ — أوبرى ورو جزء ١٢ فقرة ٧١٩ — الوسيط السنهورى جزء ٢ رقم ٣٨ ص ٥٢ — أصول القانون التجارى على الزينى بند ٤٢ ص ٥١ — ٥٧ . وتنص المادة ٣٧١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجب على القاضى أن يعتد من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفا وإن كانت لم تذكر صراحة فى العقد » .

وجوده ، فإذا لم يحصل التمسك به أمام قاضي الموضوع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[1] .

٤٨٢ — ونحن نؤيد هذا النظر ، ذلك أنه وإن كان العرف يعتبر فى مرتبة القانون ، إلا أنه يختلف عنه فى أنه لا ينشر فى مدونات مكتوبة يمكن الرجوع إليها مما يصعب على القاضي الإلمام به ، وإذا ترك وشأنه فى التحرى عن العرف وتقصى أحكامه لأضاع وقتاً وبذل جهداً هو فى أشد الحاجة إليهما ، ولهذا فإن الاعتبارات العملية تقتضى — تيسيراً لمهمة القاضي — أن يكلف الخصم الذى يتمسك بالعرف أن يثبت وجوده[2] . وقد أيدت محكمة النقض هذا النظر حين قضت بأن « تحرى العرف فى ذاته والتثبت من قيامه من أمور الموضوع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده ، وهــذا يقتضى التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه ، فإذا لم يحصل التمسك به فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض »[3] . كما قضت فى حكم آخر[4] بأنه « متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضى بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقاً على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره ، وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً مما يوجب نقضه[5] .

(١) ليون كان ورينو جزء رقم ٨٠ ص ٩٢ — وراجع أيضاً حامد فهمى ومحمد حامد فهمى فى النقض فى المواد المدنية والتجارية رقم ١٦ ص ٨٦ فقد قررا « يترك للقاضي أمر التثبت من قيام العرف ، لا لأنه واقعة من وقائع الدعوى ، بل لأن العرف أكثره محلى لا إقليمى والمصلحة التى تعود على أهل العرف من عرض أمر التثبت من قيامه وعدم قيامه على محكمة النقض هى مصلحة قليلة الأهمية ، ولو فتح لهم الباب فيه لكثرت طعونهم وأضاعوا على المحكمة وقتاً كثيراً لعلها شديدة الحاجة إليه . أما كون العرف القائم قد طبق أو لم يطبق فالأولى إخضاع الحكم فى ذلك لرقابة محكمة النقض » .

(٢) قانون الإثبات فى المواد المدنيـة والتجارية للمستشـار محمد عبد اللطيف ص ١٨ — ١٩ .

(٣) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ س ١٥ ص ١١٢٠ .

(٤) نقض ٢١ إبريل سنة ١٩٦٦ س ١٧ ص ٨٩٤ .

(٥) وقضت محكمة النقض بأنه وإن كان التثبت من قيام العرف متروكا لقاضي —

ويجوز إثبات وجود العرف بطرق الإثبات كافة بما فى ذلك شهادة الشهود . ولا يفوتنا أن نشير فى هذا المقام إلى أن قضاء كلتا محكمتى النقض الفرنسية والمصرية قد جرى على ترك التثبت من قيام العرف لقاضي الموضوع[1] .

جواز اتفاق العاقدين على ما يخالف العرف التجارى

٤٨٣ — لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذى تم بينه وبين الطرف الآخر فى العقد ، إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجارى ويكون اتفاقهما ملزماً[2] لهما ، كما لا يجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى[3] . وقد قضت محكمة النقض بأن « المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٣١٨ لسنة ١٩٥٢ إذ نصت على أن تطبق هيئة التحكيم القوانين واللوائح المعمول بها ، وعلى أن لها أن تستند إلى العرف ومبادئ العدالة وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية العامة فى المنطقة — قد قصدت إلى أن هيئة التحكيم ملزمة أصلا بتطبيق أحكام القوانين واللوائح فيما يعرض لها من منازعات بين أرباب العمل وعمالهم ، وأن لها بجانب هذا الأصل الذى يجب اتباعه رخصة أجازتها لها هذه المادة هى أن تستند إلى العرف ومبادئ العدالة فى إجابة العمال إلى بعض مطالبهم التى لا ترتكن إلى حقوق مقررة لهم فى القانون وذلك وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية العامة فى المنطقة ، فمتى التزمت هيئة التحكيم الأصل المقرر لها وهو تطبيق القانون على النزاع المعروض عليها ، ورأت فيما قررته للعمال

— الموضوع إلا أنه لا يغنى من بيان دليله على قيامه والمصدر الذى استقى منه ذلك إذا نازع أحد الخصوم فى وجوده ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر بوجود عرف يقضى بأن يكون المؤجل من أتعاب المحامين معادلا للمعجل منها دون أن يذكر دليله على وجوده أو المصدر الذى استقى منه ذلك رغم أن الطاعن قد أنكر وجود هذا العرف — يكون قد خالف القانون — نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٣٥٦ .

(١) نقض فرنسى ١٢ يونيه ١٩٠٣ دالوز ٩٠٣ — ١ — ١١١ — وراجع الأحكام المشار إليها فى هامش رقم ٤ ص ٨٤ من كتاب النقض فى المواد المدنية والتجارية للأستاذين حامد فهمى ومحمد حامد فهمى — ونقض مدنى ١٨ إبريل ١٩٥٧ س ٨ ص ٤٢٦ .

(٢) نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٩٢١ .

(٣) نقض ١٩ يونيه ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٠١٧ .

من حقوق ما يغني عن التزيد فيها ، فلا سبيل إلى التزامها باختيار العمل بالرخصة المتاحة لها ولا تثريب عليها في عدم الأخذ بها ، وهي في الحالتين غير مكلفة ببيان أسباب اختيارها لأحد وجهي الرأي فيها (١) » . كما قضت بأنه « لا تثريب على محكمة الموضوع إذا هي رفضت الاستجابة إلى ما طلب الطاعن من إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت ما ادعاه من قيام عرف تجاري مبناه أن التعامل في سوق البصـــل في الإسكندرية يجرى على أساس معاينة المبيع وأن البيع لا يتم على مقتضى عينة خاصة — ذلك أن دفاع الطاعن في هذا الخصوص لم يكن مبناه أن ثمت عرفاً تجارياً يناهض نصاً مفسراً ، وإنما كان مبناه أن هذا العرف هو الذي يتحدد به مراد الشارع من نص المادة ٣٤ من القرار الوزاري رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ ، وإذا كان هذا هو ما استهدفه الطاعن بطلب الإحالة إلى التحقيق ، فإنه لا حرج على محكمة الموضوع إذا هي التفتت عنه وأخذت في تفسير ذلك النص بما تدل عليه عبارته الواضحة (٢) » . وقضت بأن « الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية . . . والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن الرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له ، ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبنة ملك للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . ولما كان هذا الذي جرى العرف الكنسي عليه ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام ، فإن الحكم الذي يعد المطران مالكاً لنفسه لا للكنيسة ما يشتريه وقت شغله منصبه الديني على أساس أن عقود الشراء صدرت له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة يكون مخطئاً في ذلك لعدم تطبيقه القواعد الكنسية المحددة لعلاقة الرهبان بالكنيسة في ملكية الأموال ، باعتبارها قانون العقد الواجب الأخذ به (٣) » .

(١) نقض ٢٠ يونيه ١٩٥٧ س ٨ ص ٦٠٤ .

(٢) نقض ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٥٦٧ .

(٣) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة النقض جـ ١ ص ٣٢٤ .

العادات الاتفاقية (١)

٤٨٤ — أما العادات الاتفاقية ، وهي المصطلح عليها في المعاملات المدنية أو التجارية أو بين أصحاب العمل والعمال ، فهذه ليست في منزلة القانون ، بل تعتبر في حكم الشروط والاتفاقات التي تجرى بين المتعاقدين فيترك لقاضي الموضوع أمر التثبت من قيامها وتفسيرها وتطبيقها شأنها في ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم وينكرها الخصم الآخر ، فيقع عبء إثباتها على عاتق المتمسك بها ، ولقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان الطرفان قصدا وقت التعاقد اتباع العادة الاتفاقية أولا ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى كانت الأسباب التي بنى عليها قضاءه سائغة عقلا . وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا ادعى العامل قيام العادة الاتفاقية على سماح رب العمل لعماله أداء عمل آخر في الخارج في غير أوقات العمل لديه ، فإن عليه هو لا على رب العمل إثبات وجود هذه العادة ، وإثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها (٢) » .

٤٨٥ — بيد أننا نرى أن العادة تشبه الواقعة القانونية من حيث إنه يجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ، وذلك فقط في الحالة التي لا يكون فيها للقاضي علم بوجود العادة . أما إن كان القاضي على علم بها ، فلا يحتاج الأمر إلى إثباتها إذ يجوز للقاضي أن يحكم في شأنها بعلمه خلافاً للحال فيما يتعلق بالوقائع القانونية حيث لا يجوز للقاضي أن يقضي فيها بعلمه . ويأخذ حكم العادة في هذا الشأن العرف المحلي إذ لا يبلغ حد الشهرة الذي يسمح بافتراض علم القاضي به فيتعين على من يتمسك به أن يثبته إن كان القاضي لا يعلم

(١) راجع ص ٢٨٧ و ٢٨٨ .

(٢) نقض ٢٣ مايو ١٩٦٢ س ١٣ ص ٦٥٢ . وراجع نقض ١٢ إبريل ١٩٦٤ س ١٥ ص ٤٩٩ وقد قرر أن العادات التجارية تعتبر من مسائل الواقع التي يترك أمر التثبت من قيامها وتفسيرها لقاضي الموضوع . وانظر كذلك نقض ٢٢ فبراير ١٩٦٦ س ١٧ ص ٣٥٧ .

وراجع السنهوري ، الوسيط جـ ٢ ص ٥١ — سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦٧ ص ٢٣٣ .

بوجوده(١) . ولكنه بعد ثبوته يأخذ حكم العرف العام فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه(٢) .

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى فى كتاب النقض ص ٨٦ وما بعدها — الصدة ص ٢٦ .

(٢) أما فى الفقه الإسلامى فلا يعرف أن أحداً ذهب إلى أن الأحكام التى ينشئها العرف تكون مكملة للأحكام الشرعية أو تحل محلها أو محل بعضها فى بعض الأحوال أو الظروف أو فى بعض بلاد الدول الواحدة . وأقصى ما يصل إليه العرف فى نظر فقهاء الشريعة هو أن يكون قاعدة أصولية مختلفاً عليها ومعيناً يعين القاضى والمفتى على تطبيق الأحكام الفقهية المدونة . وليس فى كل هذا استناد أو إحالة إلى أحكام أخرى غير الأحكام الشرعية ، وقد سبق أن ذكرنا أنه لا يمكن اعتباره دليلا من أدلة الأحكام الشرعية الإجمالية .

ومن اعتمد من الفقهاء على العرف العملى قال إنه لا يقضى على النص ولا يترك به ولكنه قد يكون مخصصا للنص (فقد رأينا الحنفية يجيزون الاستصناع نظراً للتعامل مع ورود النص بالنهى عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده وقالوا إن هذا تخصيص لنص بعرف التعامل وليس تركا له بالكلية لأننا نعمل بالنص فى غير الاستصناع) كما يترك به القياس (فقد أجاز مشايخ بلخ من الحنفية للإنسان أن يستأجر من ينسج غزلا له بأجرة هى جزء من هذا الغزل نظراً للتعامل فى بلادهم رغم ورود النهى عن قفيز الطحان ، أى استئجار الشخص من يطحن له حبه نظير بعض هذا الحب ، والقياس على هذا يقضى بعدم جواز استئجار من ينسج الغزل بأجرة هى جزء منه ، وقالوا إنهم إنما تركوا فى هذا الأخذ بالقياس للعرف ولكنهم لم يتركوا النص لأنه إنما ورد فى قفيز الطحان لا فى أجرة الحائك من الغزل نظير نسجه حتى إنه لو تعارف قوم الإجارة بقفيز الطحان لم يجز ذلك لأنه ترك النص أصلا .

كما يترك بالعرف الحكم الاجتهادى إذا كان مبنيا على عرف ثم تغير هذا العرف . ومن أصل مذهب الحنفية أن قول الزوج « على الحرام » ونحوه من الكنايات لا يقع به الطلاق إلا بالنية أو قرينة الحال ، ولكنه فى البلاد التى تعارف أهلها أنه لا يقصد منه إلا الطلاق اعتبر من الألفاظ الصريحة التى يقع بها الطلاق من غير حاجة إلى نية . ونظائر هذا كثيرة جداً فى جميع المذاهب الفكرية .

على أن العرف بقسميه القولى والعملى ، يعتمد عليه فى معرفة ما يراد من كلام المتعاقدين والواقفين والحالفين والناذرين ، والألفاظ التى يستحق قائلها العقوبة أو لا يستحقها . ويعتمد عليه كذلك فى معرفة ما يعتبر من العيوب أو لا يعتبر منها كعيوب المبيعات ، وفيما إذا كانت معاشرة الزوجين مما يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما أولا ، وفى معرفة قيم التلفيات وأشباه ذلك ، وفى كون المعروف عرفا كالمشروط شرطا فى كلام المتعاقدين أو عبارة المتصرف وما هو من هذا القبيل — أنظر القواعد لعز الدين عبد السلام الشافعى ، والفروق للقرافى المالكى ، والقواعد الكبرى لابن رجب الحنبلى ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ، ونشر العرف لابن عابدين .

المبحث الخامس

القانون الأجنبى

٤٨٦ — قد تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق أحكام قانون أجنبى(١) ، فهل يطبق القاضى القانون الأجنبى من تلقاء نفسه ، إعمالا لقاعدة الإسناد ، أو يتعين على الخصم المتمسك بالقانون الأجنبى إثباته ؟ .

اختلف الفقه والقضاء فى ذلك ، فيذهب رأى(٢) إلى أن تطبيق أحكام القانون الأجنبى هى مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن المشرع عندما يقر تطبيق قانون أجنبى معين على واقعة الدعوى يعتبر هذا القانون جزءاً من القانون الوطنى ، ويكون من واجب القاضى بعد بحث الواقع أن يتثبت من تلقاء نفسه من نص القانون الأجنبى الواجب التطبيق على واقعة النزاع ، ولا يصح أن يكون عدم إلمام القاضى الوطنى بأحكام القانون الأجنبى ما يجعل هذا القانون مجرد مسألة واقع ، لأن من واجبه أن يسعى إلى التعرف إلى أحكام القانون الأجنبى ، وأن انتشار المجاميع القانونية الأجنبية ومجلات التشريع المقارن وما تنشره من الأحكام الصادرة فى مختلف بلاد العالم قد يسر مهمة القاضى فى التعرف على أحكام القوانين الأجنبية ، وأنه لا حرج عليه إن شاء أن يستعين بجهد الخصوم ، فيكلفهم بتقديم المراجع والأبحاث المتعلقة بالقانون

(١) مثال ذلك ما تنص عليه ١٧ من القانون المدنى من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته . ومع ذلك يسرى على شكل الوصية ، قانون الموصى وقت الإيصاء ، أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت » .

(٢) الوسيط للسنهورى ج ٢ ص ٥٥ — الإثبات للدكتور الصدة ص ٢٩ و ٣٠ — النقض فى المواد المدنية والتجارية للأستاذين حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٢٧ و ٢٨ ص ١١٧ — ١٢٤ — الدكتور على الزينى ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص سنة ١٩٢٩ ص ٢١١ و ٢١٢ .

— ويبدو أن قال بلانيول (الموجز ج ٢ رقم ٦ ط ٥) إن من يتمسك بقانون أجنبى يجب عليه إثباته ، عاد وقال إنه فى الأزمنة الحديثة كثرت وسائط الأخبار وأصبح نادراً أن تقوم صعوبات فى معرفة قانون أجنبى .

الواجب التطبيق دون أن يكون معنى ذلك إحجام القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى حتى يطلبه الخصوم ويثبتوا وجوده وأحكامه .

ويذهب رأى آخر(١) إلى أن التثبت من القانون الأجنبى وتفسيره وتطبيقه هى من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك ، فليس على القاضى أن يطبق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه ، بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به ، ويقع عليهم عبء إثباته ، شأنه فى ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر ، لأن قاعدة « لا يعذر أحد فى الجهل بالقانون » هى قاعدة لا تنطبق إلا على القانون الوطنى ، فليس فى استطاعة القاضى الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتى يطبقها من تلقاء نفسه ، كما أن وظيفة محكمة النقض هى تقرير القواعد الصحيحة

(١) القانون الدولى الخاص المصرى للدكتور عز الدين عبد الله ط ١٩٥٥ ص ٤٢٥ — ٤٣٥ . ونقض فرنسى ١٩ مارس ١٩١٨ سيرى ١٩١٨ — ٨٣ وراجع أيضاً الأحكام العديدة التى أوردها مارتى فى رسالته « التمييز بين مسائل الواقع والقانون » هامش ص ١٢٢ .

وتنص المادة ١٣٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أنه « لا تطلب البينة على وجود القانون اللبنانى ، ولكن يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبى » وانظر تمييز لبنان ٧ يونية ١٩٦٣ مجلة المحامى (اللبنانية) ص ١٦٦ . ويجوز إثبات القانون الأجنبى بكافة الطرق بما فيها نصوص القانون الأجنبى وكتب الفقه — تمييز لبنانى ٣٠ إبريل ١٩٥٨ مجلة المحامى ١٩٥٨ ص ١٣٤ (مشار إليه فى إدوار عيد بالمرجع السابق ص ٣٥ هامش ٢) . ولا يخضع القاضى فى تحصيله وتطبيقه لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسى (عرائض) ٢٩ يوليه ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ٤٥٧ ، وانظر عكس ذلك بارتان جـ ١ فقرة ١٠٧ — السنهورى جـ ٢ ص ٥٥) اللهم إلا فيما يتعلق بكفاية تسبيبه وسلامته — نقض فرنسى ٢٥ مايو ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ — ١ — ٣٥٧ — سيرى ١٩٤٩ — ١ — ٢١ وأيضاً ٢٦ إبريل ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ ص ٣٦١ .

أما محكمة النقض المصرية فمع اعتبارها القانون الأجنبى مجرد واقعة من حيث وجوب إقامة الدليل عليه ، استقر قضاؤها على إخضاع قاضى الموضوع لرقابتها فيما يتعلق بصحة تطبيقه القانون الأجنبى — نقض ١٤ يناير و ٢٥ فبراير و ١٠ يونيه ١٩٥٤ س ٥ ص ٤٢٦ و ٥٦١ و ٩٥٠ . وانظر عز الدين عبد الله فى القانون والاقتصاد س ٢٥ ص ٤٢٠ وما بعدها .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث إذا اعترف بحق الغير فى التركة معتقداً أن القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالى هو الذى يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بالغلط فى القانون — راجع ص ٤٥٦ .

فى القانون الوطنى وتثبيت القضاء بشأنها ، ولا رقابة لها على تطبيق القوانين الأجنبية وتقويم المعوج منها ، ولأنه من الناحية العملية يصعب أن يلقى على كاهلها عبء القيام بمثل هذه الوظيفة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية . أما قواعد الإسناد فلا تتعلق بالنظام العام ، وليس من شأنها إدماج قواعد القانون الأجنبى فى النظام القضائى الوطنى ، بل يظل القانون الأجنبى محتفظاً بصفته ، والقاضى الوطنى وهو يطبق القانون لا يأتمر بأمر المشرع الأجنبى ، بل هو يطبقه بأمر من المشرع الوطنى باعتباره عنصراً من عناصر الواقع ، وإذا كانت المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات (الملغى) قد أجازت الطعن بالنقض إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، دون أن تصرح بالمقصود من كلمة القانون أهو القانون المصرى وحده أم هو غيره من القوانين ، إلا أن المفهوم بداهة اقتصار معناها على القانون المصرى(١) .

وقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا النظر ، فقضت بأن الإسناد إلى قانون أجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة وهو يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، ولا يغنى فى إثباتها تقديم صورة عرفية تحوى أحكام هذا التشريع(٢) . كما قضت(٣) بأنه إذا كان الطاعنون لم يبينوا القانون اللبنانى

(١) عز الدين عبدالله المرجع السابق — وقارن عبد الحميد أبو هيف ، القانون الدولى الخاص بند ٣٠٢ وما بعده حيث يقول إن المجمع العلمى للقانون الدولى أيد الرأى الأول ، ونظم الإجراءات اللازمة التى يستطيع بها القاضى معرفة القواعد الحقيقية للقانون الأجنبى المراد تطبيقه وذلك بواسطة الطرق السياسية — وانظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط س ٤ ص ٢٥٥ — أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٧٠ بند ٤٧٩ **Aubry et Rau XII § 749 p. 700,** وبودرى المطول فى التعهدات **Baudry Lacantinerie et L. Barde 5e édition.**

(٢) نقض فى ٧ يوليه سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى السنة السادسة ص ١٣٤٧ . ونقض ١٤ إبريل سنة ١٩٧٠ فى الطعنين رقمى ٥١ و ٥٢ لسنة ٣٦ ق « لم ينشر بعد » وقد قضت محكمة النقض فيهما بأن التمسك بالقانون الأجنبى لأول مرة أمامها يكون سبباً جديداً لا يجوز التحدى به .

(٣) نقض ٢٦ يوليه ١٩٦٧ سنة ١٨ ص ١٤٩٧ .

— وقضت محكمة النقض بأنه « يعد تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى بما يؤدى إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين ٢٨٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى أو لا يفيد ذلك ، من قبيل فهم الواقع فى الدعوى —

الذى يتمسكون به اكتفاء بقولهم إنه « القانون اللبنانى الأخير الخاص بالوصية وأنه لا يجيز الإيصاء للزوجة بكل التركة إلا إذا توفى الموصى دون أن يترك أباً أو أماً أو إخوة أو أخوات » ولم يقدموا دليلا على هذا القانون ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه — إذ قضى بصحة الوصية ونفاذها فى حق شقيق المورث — يكون غير مقبول .

هذا وتعتنق محكمة النقض الفرنسية أيضاً هذا النظر[1] .

متى يلتفت عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى

٤٨٧ — إذا أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى فإن هذه الأحكام تكون — كما قدمنا — واجبة التطبيق إلا أن تكون مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة[2] .

ولا يدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطنى أكثر فائدة[3] .

— ما يستقل به قاضى الموضوع مادام قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب تحمله » — نقض ١٩ مايو ١٩٧٠ فى الطعن ١٨٦ / ٣٤ ق (لم ينشر بعد) .

(١) سيرى — ٨٢ — ١ — ٣٤٦ و ٩١ — ١ — ٥٠٩ .

(٢) المادة ٢٨ مدنى . وانظر نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٤ و ٢٥ يونيو ١٩٦٤ س ١٥ ص ٧٢٧ وص ٨٦٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان هدف المشرع فى تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات فى المجتمع مما يعد من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ من القانون المدنى ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطينى الذى لا تعرف نصوصه هذه المسئولية وطبق أحكام القانون المصرى فى هذا الخصوص » — نقض ٧ نوفمبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٦١٤ .

— ولا يدخل فى نطاق المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ مدنى ، اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين — راجع نقض ٢٦ يوليه ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٤٩٣ .

(٣) نقض مدنى ٥ إبريل سنة ١٩٦٧ س ١٨ ص ٧٩٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « إذا كان طرفا النزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما فى أمريكا والقانون الذى يحكم علاقة —

٤٨٨ — وفى كل حالة يجب أن يطبق فيها قانون أجنبى ، يتعين على القاضى أن يراعى أحكام هذا القانون ، فإذا بنى حكمه على ما يخالف هذه الأحكام أو قبل أن يتثبت منها كان حكمه معيباً قابلا للنقض ، وقد طبقت محكمة النقض ذلك فى قضية طلاق حين قررت أنه « لما كان يبين من الحكم أنه أقام قضاءه بتطليق الطاعنة من المطعون عليه رعلى ما ورد فى مذكرات الطاعنة وخطاباتها رغم ما أثبته من أنها طلبت رفض الدعوى ودفعت بعدم قبول الخطابات والمذكرات كدليل إثبات فيها لحصول الزوج عليها من طريق غير مشروع وهو السرقة بأن كسر فى غيبتها الدرج المخصص لها ، وكان الحكم إذ اطرح هذا الدفع قد قرر « بأنه مهما يكن من أمر تلك الرسائل والمفكرات والطريقة التى قيل إن المدعى (المطعون عليه) حصل بها عليها فإنها كدليل إثبات لها قيمتها فى مثل هذا النزاع » ، وكان هذا الذى قاله الحكم يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا من أن الخطابات الخاصة المتبادلة بين الزوج والغير وإن كانت بحسب الأصل لا يجوز التمسك بها إلا بإذن المرسل إليه ، فإنه فى دعوى الزنا ودعوى الطلاق أو التفريق يجوز استثناء للمدعى من الزوجين أن يتمسك بها فى الإثبات بشرط أن يكون قد حصل عليها بطريق مشروع ، ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق فى هذا الخصوص هو القانون الفرنسى سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أياً كانت الوسيلة التى حصل بها الزوج عليها مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة ، هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء فى الدعوى ، وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج فى الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها

— العمل بينهما هو القانون الأمريكى واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردى المصرى من النظام العام فى مصر وهو يقضى بحق العامل فى مكافأة نهاية الخدمة ، وأنه لا يجوز تطبيق القانون الأمريكى على موضوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لا ينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة . . . فى حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التى يعقدها قاضى الدعوى — ومن عنده — بين القانونين الوطنى والأجنبى وما يراه — هو — من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه » .

كدليل فى الإثبات أو غير مشروعة فلا تقبلها ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويتعين نقضه » (١) .

٤٨٩ — هذا وأشير فى النهاية إلى أن المادة ٢٢ من القانون المدنى مفادها أنه يسرى على قواعد المرافعات ، سواء ما تعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضى ، قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ، والأساس الذى تقوم عليه هذه القاعدة هو أن القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقاً لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها ، وهـذه القواعد تعد من قواعد القانون العام اللازمة لتشغيل هذه الوظيفة شأنها فى ذلك شأن القواعد اللازمة لتشغيل وظائف الدولة الأخرى حتى وإن كانت الغاية منها هى حماية الحقوق الخاصة . وهى بهذه المثابة تعد قواعد إقليمية تسرى على كافة المنازعات سواء كانت وطنية فى جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية . وهذا الأساس يتنافر مع أى أساس آخر يقوم على فكرة النظام العام لتبريرها قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضى ، ذلك أن تطبيق القانون الوطنى بناء على فكرة النظام العام مجاله أن يكون الاختصاص معقوداً أصلا لقانون أجنبى واستبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون الوطنى ، أما حيث يكون القانون الوطنى طبقاً لقاعدة الإسناد الواردة به هو

(١) نقض ٨ يناير ١٩٥٣ س ٤ ص ٣٤٩ .

— ويرى الأستاذ أحمد نشأت (رسالة الإثبات ج ١ ط ١٩٧٢ ص ٤٠ بند ٢٠ مكرر) أن النتيجة التى انتهى إليها الحكم محل الطعن كانت سليمة طبقاً لأحكام القانون الفرنسى ، لأن كل ما قالته الطاعنة هو أن كسر الدرج المخصص لها فى غيبتها يعتبر سرقة ، وهذا القول ليس من شأنه حسبما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيان أن يجعل الحكم خاطئاً فى نتيجته إذ أبيح للزوج حق تفتيش متاع زوجته للحصول على أدلة الزنا ، وحق تفتيش متاع الزوجة كما يكون بالنسبة للأدراج المفتوحة كذلك يكون بالنسبة للأدراج المغلقة شأن حق التفتيش على العموم.

— ويقرر الأستاذ أحمد نشأت (المرجع السابق ص ٤٢) أن من الخطأ اعتبار القانون الأجنبى من الوقائع التى يجب إثباتها أمام محكمة الموضوع لأنه متى ظهر أن القاضى قد أخطأ فى تطبيقه يكون الحكم قابلا للنقض كما لو أخطأ فى تطبيق قانون بلاده ، لأن القانون جعله بديلا لقانون بلاده فيجب عليه تطبيقه تطبيقاً صحيحاً كما يجب عليه ذلك بالنسبة لقانون بلاده .

صاحب الاختصاص العادى والواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضى ، فلا محل لإثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه : ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ مدنى بشأن تحديد الأساس الذى تقوم عليه قاعدة خضوع قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضى لقانون القاضى بقولها « إن هذا الحكم يقوم على اتصال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام » إذ أن من قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضى ما لا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها ولا يحول ذلك دون اعتبارها من قواعد المرافعات التى تخضع لقانون القاضى أسوة بتلك التى تتعلق بالنظام العام وذلك إعمالا للمادة ٢٢ المشار إليها التى تنص على سريان قانون القاضى على قواعد المرافعات جميعها بغير تخصيص بتلك التى تتعلق بالنظام العـــام (١) .

٤٩٠ — كما أشير أخيراً إلى ما سبق أن ذكرت عند الكلام على أدلة الأحكام الدولية من أن محكمة العدل الدولية كثيراً ما يقتضيها الفصل فى النزاع أن تتعرف بادئ ذى بدء على أحكام القانون الداخلى فى دولة ما ، وأن النظرة السائدة فى القضاء الدولى هى اعتباره القانون الداخلى مجرد واقعة ، أما بالنسبة

(١) راجع نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٧٠ فى الطعن ١٨٦ سنة ٣٤ ق (لم ينشر بعد) وقد جاء بهذا الحكم أن « المستفاد من المادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى أنهما تتعلقان بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها ، ذلك أنهما وردتا دون سواهما فى الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان « فى عدم سماع الدعوى » . . . وأنهما انطويتا على إجراءات محددة قوامها أن يوجه المرسل إليه أو الشاحن احتجاجاً إلى الناقل فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ استلام البضاعة على أن يعقب ذلك رفع الدعوى خلال واحد وثلاثين يوماً من تاريخ الاحتجاج ، وأن المشرع استهدف من هاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعوى دون أن يمتد السقوط إلى الحق ذاته ، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته مما يسبغ عليها صفة الإجراءات التى لا تمس موضوع الحقوق المتنازع عليها ، فتخضع بذلك لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ من القانون المدنى . ولا يقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد الواردة فى هذا الخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها » .

للقانون الدولى ، فقد تقدم القول بأن القضاء البريطانى لا يعامل القانون الدولى ، من حيث الإثبات ، معاملة القانون الأجنبى ، بل يتحرى أحكامه من مصادره الاستدلالية ، كما أنه يجرى — فى تفسيره للقاعدة القانونية — على محاولة تفسير النصوص التشريعية الداخلية تفسيراً يتفق مع أحكام القانون الدولى ما لم يكن النص صريح المخالفة لأحكام هذا القانون (١) .

(١) راجع ص ٤١٥ و ٤١٧ و ٤١٨ .

الفصل الثالث

تقنين المرافعات

٤٩١ — يتضمن تقنين المرافعات مجموعة القواعد التى تنظم الإجراءات اللازم اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى . فهو ينطوى على قواعد شكلية ، شأنه فى ذلك بالنسبة إلى القانون المدنى والتجارى ، شأن قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى قانون العقوبات(١) . ونبادر إلى القول بأن القواعد التى ترسم طرق رفع الدعوى والطعن فيها ومواعيد الطعن ، لا يقبل الاعتذار بالجهل بها .

فإذا أقام شخص طعناً فى قرار صادر من لجنة الطعن بمصلحة الضرائب مثلا بطريقة تخالف ما رسمه القانون لرفعها ، فإن لمصلحة الضرائب أن تدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بغير الطريق المقرر فى القانون ، وللمحكمة ، بل عليها ، أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن شكلا لما هو مقرر من أن طرق رفع الدعوى من النظام العام ، ولا يستطيع رافعها أن يتذرع بجهله بالقاعدة التى تنظم طريق رفعها ليتفادى الحكم بعدم قبولها . ونحن لا نقر ما ذهب إليه الدكتور أحمد أبو الوفا من أن المشرع لم ينص على جزاء فى حالة مخالفة الطريقة التى رسمها فى رفع التظلم من قرارات لجان الطعن ، ذلك أن البطلان يترتب على مخالفة الطريقة التى رسمها المشرع لرفع الدعوى المبتدأة دون حاجة إلى نص يقضى بالبطلان اعتباراً بأنه بطلان متعلق بشكل الإجراءات ويفترض الضرر . أما القول بأن « ما يتطلبه المشرع من الطاعن هو أن يعلن طعنه إلى المطعون عليه فى ميعاد الطعن ، ومتى تم هذا فإن الوظيفة الإجرائية التى رسمها القانون للإجراء تكون قد تحققت ، أى تكون الغاية من الشكل قد تحققت(٢) » فإن هذا لا يصدق على مخالفة طريقة رفع الدعوى على الوجه المحدد فى

(١) راجع ص ٢٦٨ .

(٢) أنظر مقال الدكتور أبو الوفا « طريقتا الطعن فى قرارات لجان الطعن بمصلحة الضرائب » ، المحاماة س ٥٠ العدد الرابع .

القانون ، وإلا لجاز رفع الدعوى بطريقة التكليف بالحضور بدلا من إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة على ما تقضى به المادة ٦٣ من قانون المرافعات ، فضلا عن تعارضه مع ما اطردت عليه أحكام محكمة النقض من أن مخالفة طريق رفع الطعن توجب الحكم بالبطلان رغم عدم النص عليه . والقول بأنه يتعين ألا يحكم ببطلان الطعن إلا بتحقق شرطين حددتهما المادة ٢٥ من قانون المرافعات السابق — هما العيب الجوهرى والضرر — مؤداه أن تتلاحى التفرقة التى كان ينص عليها قانون المرافعات السابق والقوانين الخاصة فى طريقة رفع الدعوى المبتدأة [1] كما تتلاشى هذه التفرقة فى ظل قانون المرافعات القائم أيضاً كلما تحقق حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من هذا القانون [2] ، وهو ما لا يمكن التسليم به وإلا لانطبق كذلك على مخالفة طريق الاستئناف الواجب الاتباع [3] .

(١) قضت محكمة النقض بأنه وإن كان التعديل الذى صدر به القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥١ يحمل مظنة اعتبار الطعن فى قرار لجنة الطعن استئنافاً إلا أنه فى حقيقته طعن « من نوع خاص » يتميز بإجراءات معينة ومواعيد محددة . وانتهت إلى أن الطعن على قرار اللجنة لا يعتبر استئنافاً وبالتالى لا يرد عليه الاستئناف المقابل من قبل المصلحة ، وأن نطاق الطعن من الممول على قرار اللجنة لا يتسع للطعن الفرعى أو المقابل من جانب مصلحة الضرائب فى صورة طلبات عارضة ومن ثم يكون على المصلحة أن تسلك الطريق الذى رسمه القانون للطعن على قرار اللجنة لا عن طريق إبدائه بالجلسة وإلا كان طعنها غير مقبول — نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٦١ س ١٢ ص ٨٠١ .

(٢) تطبيقاً لهذه المادة قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان الثابت أن شركة الشرق للتأمين قدمت فى الميعاد القانونى مذكرة بدفاعها باعتبارها الشركة الدامجة لشركة النيل (المطعون عليها) والتى خلفتها بعد انقضائها ، فإنه لا يقبل منها والحال كذلك التمسك ببطلان الطعن بدعوى أن إعلان التقرير بالطعن وجه إلى الشركة المندمجة ولم يوجه إليها هى بحسبانها الشركة الدامجة . . . كما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون المرافعات الحالى على أنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ، وإذ كان الثابت أن شركة الشرق للتأمين الدامجة لشركة النيل للتأمين (المطعون عليها) قد علمت بالطعن المقرر به فى الميعاد وقدمت بصفتها الشركة الدامجة مذكرة فى الميعاد القانونى بالرد على أسباب الطعن ، فمن ثم فقد تحققت الغاية التى كان يبتغيها المشرع من إعلانها ولا محل بعد ذلك للحكم ببطلان الطعن لهذا السبب » — نقض ١٩ يونيه ١٩٦٩ — س ٢٠ ص ١٠٢٦ .

(٣) ثار الخلاف فى الفقه والقضاء حول طريقة رفع الطعن الضريبى وما إذا كان ما استحدثه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، الذى تناول بالتعديل بعض أحكام قانون المرافعات الملغى ، ومنها نص المادة ١١٨ ، يمتد إلى الدعاوى التى يثيرها تطبيق القوانين —

٤٩٢ — تنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات على أن « الدفع بعدم

— الخاصة ومنها القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، أو أن أحكامه مقصورة على الدعاوى التى يرسمها قانون المرافعات فحسب ، أو بعبارة أخرى هل يمتد حكم النصوص المعدلة إلى الدعاوى التى تتطلب القوانين الخاصة لها شكلا معينا فى رفعها أو فى طرق الطعن فيها ومواعيده أولا ؟

وقد ذهب الدكتور أبو الوفا إلى أن المادة ١١٨ معدلة لم يقصد بها إلا تقرير قاعدة عامة مقتضاها أنه بالنسبة للدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة تتبع بصددها القواعد العامة فى رفع الدعاوى دون أن تمس فى هذا الصدد أى نص خاص يقرر قواعد استثنائية فى رفع الدعوى أو ميعاد الطعن فى الحكم بمقولة إنه لا يتصور أن ينسخ القانون العام قاعدة خاصة فى قانون خاص — أنظر كتابه « الإختصاص والإجراءات فى منازعات إيجار الأماكن » هامش ص ٣٧ .

وذهب الأستاذ فتحى عبد الصبور إلى أنه ليس ثم ما يمنع من أن يصرح المشرع فى النص العام بما يمس النص الخاص فيقيد من إطلاقه أو يخصص من حكمه . فإذا كانت المادة ١١٨ مرافعات معدلة قد أوجبت سريان القواعد العامة فى رفع الدعاوى ونظرها وإجراءات الطعن فى الحكم ومواعيده على الدعاوى التى يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة ، فإن تعبير « أو غيره من القوانين » من شأنه أن يجعل حكم هذه المادة حكماً عاماً يمتد — متى تحقق شرط انطباقها — إلى ما رسمته القوانين الخاصة دون اعتداد بالقاعدة الأصولية التى تقضى بأن النص العام لا ينسخ النص الخاص — أنظر إمقاله « طرق رفع الدعاوى ومواعيد الطعن بالاستئناف فى القوانين الخاصة » — المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٨٨١ .

واعتنقت بعض المحاكم نظراً ثالثاً حاصله أن الطعن الضريبى فى الأرباح التجارية والصناعية سواء رفع بالطريق الذى رسمته المادة ٥٤ مكرر من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ أو وفق القواعد العامة فى قانون المرافعات فإنه يكون صحيحاً فى الحالين قولا إن الفقرات الأولى من المادة ٥٤ مكرراً من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ تشابه ما نصت عليه المادتان ٧٥ و٧٧ مرافعات المعدلتان بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

ونحن لا نسلم بهذا الرأى الأخير لتباين الأحكام المنصوص عليها فى المادة ٥٤ مكرراً من الأحكام الواردة بالمادتين ٧٥ و ٧٧ مرافعات ، سواء فى الإجراء أو المواعيد ، تبايناً ظاهراً ، كما أننا نرى أن الرأى الثانى هو الأدق إلى الصواب . ولعل مما يرشح لصحة هذا الرأى قضاء محكمة النقض فى خصوص ميعاد استئناف الأحكام الصادرة فى الدعاوى العمالية التى ترفع بالطريق الذى رسمته المادة ٧٥ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ إذ طبقت فى شأنها الميعاد الخاص المنصوص عليه فى هذه المادة مقررة أن « ميعاد العشرة الأيام المنصوص عليه بالمادة ٧٥ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ هو ميعاد خاص مقصود لذاته لا محمولا على وصف —

الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها . ويسقط حق الطاعن فى هذه الدفوع إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن . . . ويجب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبدمنها » . ويبين من هذا النص أنه يتعين إبداء الدفوع الشكلية معاً وقبل التكلم فى الموضوع مع إبداء أوجه الدفوع معاً أيضاً . وإذا قدمت جميع الدفوع الشكلية معاً فى مذكرة أو صحيفة أو مشافهة فيستوى بطبيعة الحال أن يتقدم بعضها الآخر ، وكل ما يتطلبه القانون أن يدلى بها الخصم معاً فى مناسبة واحدة ، بمعنى أنه لا يجوز له أن يقتصر على إبداء دفع فى مذكرة ويدلى بآخر فى مذكرة أخرى ، أو أن يقتصر فى مرافعته الشفوية على إبداء دفع ثم فى جلسة أخرى يبدى دفعاً آخر، وإنما يملك إبداء دفع فى أول مرافعته الشفوية ويملك إبداء آخر فى نهايتها . وعلى ذلك لا يجوز للمدعى عليه أن يتمسك ببطلان صحيفة الدعوى لأنها تجهل بالمطلوب ثم فى جلسة أخرى يتمسك ببطلانها لأنها تجهل بالمدعى مثلا . والمقصود من نص المادة ١٠٨ أن يدلى الخصم بكل دفوعه الشكلية معاً وبكل أسبابها أيضاً معاً وقبل التكلم فى الموضوع بقصد سرعة إنجاز الفصل فى

= السرعة المنصوص عليه فيها أو فى المادة السابعة من القانون وإلا لما كانت هناك حاجة النص عليه ولترك تحديده للمواعيد المقررة فى قانون المرافعات لاستئناف هذا النوع من الأحكام ، وقد راعى المشرع فى تقصيره أن يتمشى جنباً إلى جنب مع المواعيد القصيرة التى اختص بها هذا النوع من الدعاوى إذ ليس من المستساغ أن يوجب الفصل فيها وفى الاستئناف خلال شهر ويترك تحديد ميعاد الاستئناف للقواعد العامة » — نقض ٣ إبريل ١٩٦٨ س ١٩ ص ٧٢٢ . وهو ما يمكن أن يتأدى منه — بمفهوم المخالفة — أنه متى كان الملحظ فى طريق رفع الدعوى أو الطعن هو وصف السرعة ، تعين إنزال حكم المادة ١١٨ مرافعات معدلة عليها .

هذا ونسترعى النظر إلى أن الخلاف حول طريقة رفع الطعن الضريبى ، وما إذا كان يرفع بطريق التكليف بالحضور أو بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، لم يعد له محل فى ظل قانون المرافعات المعمول به الآن ، ومن ثم فيتبع فى الطعون التى ترفع فى ظل قانون المرافعات الحالى ، أحكام المادة ٥٤ مكرر من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ فى الحالات التى تسرى فيها — أنظر كتابنا قضاء الضرائب ١٩٧٠ ص ١٦٠ — ١٦٣ .

الدعوى(١) ، فإذا اقتصر الخصم على إبداء دفع شكلى ثم تراخى فى إبداء دفع شكلى آخر لجلسة تالية ، ولو قبل التكلم فى الموضوع ، فإن حقه فى إبداء هذا الدفع الثانى يكون قد سقط ، ولا يقبل منه الاحتجاج بجهله نص المادة ١٠٨ سالفة البيان .

٤٩٣ — هذا وننبه إلى أن الدفوع الشكلية غير محصورة فى القانون القائم(٢) ، وهى تختلف فى أحكامها عن الدفوع الموضوعية المتعلقة بأصل الحق التى تبدى فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، وعن الدفوع بعدم القبول الموجهة إلى سلطة الخصم فى الالتجاء إلى القضاء والتى تبدى أيضاً فى أية حالة تكون عليها الإجراءات عملا بالمادة ١١٥ / ١ . والدفوع المتعلقة بالنظام العام تبدى فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ولو لأول مرة فى النقض كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفى أو النوعى أو القيمى . والاختصاص المتعلق بالنظام العام يعتبر مطروحاً على المحكمة دائماً مما يعتبر معه حكمها فى الموضوع منطوياً على قضاء ضمنى بالاختصاص(٣) . كما أن الدفوع التى ينشأ الحق فى التمسك بها بعد التكلم فى الموضوع تبدى أثناء نظر الدعوى ، وإنما قبل التكلم فى الموضوع من جديد ، كالدفع بسقوط الخصومة بسبب وقف السير فيها مدة سنة ، أو الدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن بسبب بقائها مشطوبة ستين يوماً .

أما التمسك بانعدام الإجراء فإنه يبدى فى أية حالة تكون عليها الإجراءات لأن المعدوم لا تلحقه أية حصانة ولو بالرد على الإجراء بما يدل على اعتباره صحيحاً لأن المعدوم لا يرتب أى أثر قانونى .

كذلك يجوز التمسك بعدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى فى أية حالة تكون عليها الإجراءات .

٤٩٤ — وإذا طعن الخصم بالاستئناف على أساس بطلان الحكم أو على

(١) أبو الوفا ، نظرية الدفوع ط ٤ بند ١٧٨ وما يليه — وراجع نقض أول مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية — جـ ٥ ص ٤٢٤ وتعليق الدكتور محمد حامد فهمى .

(٢) كذا فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٨٤٠ ، نقض ١٩ نوفمبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٧٢ .

أساس بنائه على إجراءات باطلة عملا بالمادة ٢٢١ فمن الواجب أيضاً أن يضمّن صحيفة الطعن تمسكه بكل الدفوع الشكلية ، ويسقط حقه فى إبداء ما يغفله فى صحيفة الطعن منها سواء قصد النزول عنه أو لم يقصد ، وسواء تنبه إلى حقه فيه أو كان يجهل هذا الحق(١) .

٤٩٥ — هذا ونسترعى النظر إلى أن التعرض للموضوع يسقط الحق فى التمسك بالدفع الشكلى ولو تم فى عمل باطل ، كما أنه يؤدى إلى ذلك ولو صحبته تحفظات عامة لا تتعلق بطريقة محددة بالتمسك بالدفع . بيد أن ذلك مقصور على الخصم الذى يتمسك بالدفع بمعنى أن تعرض أحد الخصوم للموضوع لا يسقط حق غيره فى التمسك بالدفوع ، بل إن تعرض الخصم للموضوع فى مواجهة خصم معين لا يسقط حقه فى التمسك بالدفوع فى مواجهة خصم ثالث . كما أن القاعدة التى استحدثها القانون الحالى فى الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها مستقلة عن القاعدة الواردة فى المادة الأولى ، فيسقط الحق فى التمسك بالوجه الذى لم يبد عند التمسك بالدفع ولو لم يكن قد خاض بعد فى الموضوع (٢) . ويسقط الحق فيما لم يبد من أوجه ولو لم يكن قد صدر حكم برفض الدفع على أساس ما سبق إبداؤه منها(٣) .

البطلان

٤٩٦ — تنص المادة ٢٠ من قانون المرافعات(٤) على أن « يكون الإجراء

(١) كمال عبد العزيز ، تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه ص ١٥٨ .

(٢) التكلم فى الموضوع يكون بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى يمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها أو ينطوى على التسليم بصحتها . وعلى ذلك يسقط الحق فى التمسك بالدفوع وبالأوجه ، طلب رفض طلبات الخصم أو مجرد مناقشتها أو عرض أدلتها أو بعضها أو تفويض الأمر للمحكمة فى شأنها أو إبداء طلب عارض أو طلب التأجيل لإدخال ضامن أو تقديم مستند لإثبات براءة الذمة أو للاطلاع على مستندات الخصم ، أو الصلح ، أو طلب وقف الدعوى اتفاقاً أو لحين الفصل فى مسألة أولية أو طلب ضم الدعوى لدعوى أخرى . وعلى العكس من ذلك لا يعتبر تعرضاً للموضوع مجرد طلب التأجيل للاستعداد ، وطلب رد القاضى أو المنازعة فى سلطة الوكيل فى الحضور عن الخصم أو الطعن بالتزوير فى العمل الإجرائى بقصد إثبات تعيبه .

(٣) أنظر فى ذلك كله فتحى والى ، نظرية البطلان البنود ٣١٢ — ٣٢٦ — الشماوى فى البندين ٧٢٩ و ٧٣٠ — أبو الوفا فى المرافعات بند ٢١٢ .

(٤) كانت المادة ٢٥ / ١ من قانون المرافعات الملغى تنص على أن « يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم » .

باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء . ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء » . ويبين من هذا النص أن القانون جعل المناط فى الحكم بالبطلان سواء كان منصوصاً عليه أو غير منصوص عليه ، عدم تحقق الغاية من الشكل المعيب ، والمقصود بالغاية هو الغاية الموضوعية أى الوظيفة الإجرائية التى استهدف الشارع من تقرير الشكل توافرها . ويقوم موجب البطلان بأن يثبت المتمسك بالبطلان المنصوص عليه أن عيباً لحق أحد أشكال العمل الإجرائى الذى قام به خصمه فتقوم لصالحه قرينة بسيطة على تخلف الغاية من الشكل المعيب ، أو أن يثبت المتمسك بالبطلان غير المنصوص عليه أن عيباً قد لحق بأحد أشكال العمل الإجرائى الذى قام به خصمه وأن مثل هذا العيب تترتب عليه فى الخصومة المجردة — بغض النظر عن الواقعة المعروضة — تخلف الغاية من هذا الشكل . بيد أن من قام بالعمل الإجرائى يملك فى الحالين تجنب الحكم بالبطلان بإثبات قيام سبب التصحيح ، وذلك بأن يثبت أنه رغم تعيب الشكل ، سواء كان البطلان منصوصاً عليه أو لا ، فقد تحققت فى خصوص الواقعة المعروضة الغاية الموضوعية التى يستهدفها الشارع من تقرير ذلك الشكل . ويتضح من ذلك عدم دقة إطلاق القول بأن كل الفارق بين البطلان المنصوص عليه والبطلان غير المنصوص عليه يتحدد فى عبء إثبات تخلف أو تحقق الغاية ، والصحيح أن الفارق يتحدد فى مدى هذا العبء ، إذ أن كل ما على من يتمسك بالبطلان غير المنصوص عليه — زيادة على حالة البطلان المنصوص عليـه — أن يثبت أن الغاية تتحقق فى الخصومة المجردة بسبب ما أثبته من تعيب الشكل .

٤٩٧ — هذا ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته(١) ، كما لا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه . ويستوى أن يكون من تسبب فى البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه (٢) . كما أنه لا يشترط

(١) فلا يكون لغير من شرع البطلان لمصلحته ولا للنيابة العامة التمسك به ، كما لا يكون للقاضى إثارته من تلقاء نفسه . وهو ما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى — نقض ٥ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ٩٢ .

(٢) كالمحامى أو المحضر أو النائب القانونى .

أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ[1] بل تكفى مجرد الواقعة التى تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه . ومن ناحية أخرى فإنه لا يقصد بعبارة « من تسبب » أن يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسى أو الوحيد أو السبب العادى لوجود العيب فى الإجراء ، كما لا يشترط أن يكون هو السبب المباشر .

وقد حرصت المادة ٢١ على استثناء البطلان المتعلق بالنظام العام إذ أن هذا البطلان لا يقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته ، ويجوز التمسك به حتى من الخصم الذى تسبب فيه رعاية للمصلحة العامة التى تعلو أى اعتبار آخر[2] :

البطلان والانعدام[3]

٤٩٨ — لعل أهم ما يترتب على التفرقة بين البطلان والانعدام أن الإجراء المعدوم لا تزول عنه حالة الانعدام بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك ، لأن المعدوم لا يخلق من جديد بمثل هذه التصرفات ، كما لا يصحح بالحضور أو بحجية الشيء المحكوم به ، فالمعدوم لا تلحقه أية حصانة . بينما الحضور مثلا يسقط الحق فى التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور وإعلان صحيفة الدعوى فى الأحوال التى يكون فيها البطلان ناشئاً عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو تاريخ

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١ من قانون المرافعات .

(٢) فيجوز للنيابة العامة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام سواء كانت طرفاً أصلياً أو منضما ، كما يجوز ذلك لكل ذى مصلحة ولو كان هو الذى قام بالعمل الباطل ، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

(٣) نسترعى النظر إلى أن البطلان المتعلق بالنظام العام لا يعدم الإجراء ولا يفقده كيانه ، وإذن لا يعد ضابطاً للتفرقة بين حالة الانعدام وحالة البطلان كون البطلان الذى يشوب الإجراء متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به . فالانعدام يكون إذا فقد الإجراء ركنا من أركانه الأساسية ، إذ يفقد صفته كإجراء ، كذلك يفقد هذه الصفة إذا أصاب كيانه عيب جوهرى . إنما إذا كان العيب الذى يعتريه ليس من شأنه أن يفقده طبيعته ولا يعدو أن يكون شائبة تصيب صحته دون أن تمتد إلى انعقاده وكيانه فإنه يكون باطلا وليس معدوماً . ولعل أهم ما يترتب على التفرقة المتقدمة أن الإجراء المعدوم لا تزول عنه حالة الانعدام بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك ، لأن المعدوم — كما قلنا فى المتن — لا يخلق من جديد بمثل هذه التصرفات .

الجلسة[1] . وإذا أودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه دون أن يحضر ، سقط أيضاً حقه فى التمسك بالبطلان المذكور كما هو صريح نص المادة ١١٤ مرافعات ، ولا يقبل من المدعى عليه حينئذ بطبيعة الحال أن يعتذر بجهله هذه القاعدة ، كما لا يمنع من سقوط حقه أن يكون أدلى فى مذكرته بالدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور للأسباب المقررة فى المادة ١١٤ سالفة الذكر .

أثر الغش على الإجراء الصحيح

٤٩٩ — يبطل إعلان الحكم إذا تعمد المعلن إخفاء موطنه الحقيقى فى الإعلان ليفوت على الخصم ميعاد الطعن . كذلك حكم ببطلان الإعلان فى الموطن الأصلى للمعلن إليه دون الموطن المختار إذا ثبت علم طالب الإعلان بأن خصمه نزيل المستشفى لمرضه وكان مجرد ما يقصده هذا هو تفويت حق الاستئناف على خصمه[2] . وقد يحصل أن يتسلم الصورة المعلنة ذات طالب الإعلان أو من ينتمى إليه فتتعارض مصلحته مع مصلحة المطلوب إعلانه ، فإذا أثبت هذا عدم تسلمه الصورة فلا يعتد بالإعلان . وقد يتمسك أحد

(١) قررت محكمة النقض أن البطلان الناشىء عن عدم مراعاة إجراءات الإعلان هو بطلان نسبى لا يعدم الحكم بل يظل قائماً موجوداً وإن كان مشوباً بالبطلان فينتج كل آثاره ما لم يقض ببطلانه بالطعن عليه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً ، فإن انقضت مواعيد الطعن أو كان غير قابل لهذا الطعن فقد أصبح بمنجى من الإلغاء حائزاً لقوة الشيء المقضى دالا بذاته على صحة إجراءاته — نقض ٢٣ إبريل ١٩٧٠ فى الطعن ٦٩ لسنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

(٢) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣٥ ، المحاماة ١٦ ص ٧١٠ . ويشترط لإعلان الطعن فى المحل المختار وفقاً للمادة ٣٨٠ مرافعات ملغى — المقابلة للمادة ٢١٤ من القانون الحالى — أن يكون الخصم قد اتخذ هذا المحل فى ورقة إعلان الحكم لما فى تعيين هذا المحل من قيام قرينة قانونية على قبول إعلانه بالطعن فيه ولو لم يصرح بذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليهم لم يعلنوا الشركة الطاعنة بالحكم المستأنف وبالتالى لم يفصحوا عن رغبتهم فى اتخاذ محل مختار لهم ، وكانت الشركة قد أعلنتهم مع ذلك بصحيفة استئنافها فى مكتب المحامى الذى كان يمثلهم أمام محكمة أول درجة ، فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا . ولا يغير من ذلك أن يكون المطعون عليهم قد أعلنوا الطاعنة باستئناف مقابل بعد أن رفعت استئنافها متخذين مكتب هذا المحامى محلا مختاراً لهم ، ذلك أن اتخاذهم المحل المختار فى هذه الحالة لا يتحقق به ما اشترطه الشارع لصحة إعلان الطعن من وجوب اتخاذ المحل فى ورقة إعلان الحكم ولا يعتبر قرينة قانونية على قبول الإعلان فيه وإنما يدل فقط على رغبة المطعون عليهم فى إعلانهم بالأوراق القضائية المتعلقة باستئنافهم المقابل فى المحل المذكور — نقض ٢٨ مايو ١٩٧٠ فى الطعن ١٦٤ سنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

رجال القوات المسلحة ببطلان إعلانه فى موطنه عملا بالمادة ١٣ دون أن يكون قد ذكر صفته لخصمه ، تلك الصفة التى تستوجب إعلانه إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة بوساطة النيابة العامة على ما تقضى به المادة ١٣ / ٦ ، وفى هذه الحالة يكون الإعلان صحيحاً على الرغم من أن المعلن إليه من رجال القوات المسلحة ، ولو كان إغفال الصفة جاء سهواً ولم يأت عن عمد إلا أن يثبت أن المعلن لا يمكن بحال أن يجهل صفة خصمه .

الاعتذار بالجهل بالقاعدة التى تحدد البطلان ونوعه وطريق التمسك به

٥٠٠ — يشترط لإعمال الجزاء فى قانون المرافعات ، أياً كان نوعه ، أن ترتكب ذات المخالفة التى من أجلها حدد المشرع الجزاء ، وأن تقع هذه المخالفة بإرادة الخصم سواء عن قصد منه أو عن إهمال(1) . ولا يعتد بالجهل بالقانون الذى يحدد المخالفة والجزاء على ارتكابها ، أى القواعد القانونية التى تحدد مواطن البطلان فى التشريع ونوعه وكيفية التمسك به ، لأن أحداً لا يعذر بجهله القانون فى هذا الخصوص .

فإعلان الطعن فى الميعاد إجراء حتمى يترتب على إغفاله البطلان . وإذا كان الموضوع الذى صدر فيه الحكم المطعون فيه غير قابل للتجزئة فإن إغفال إعلان بعض ورثة المطعون عليه يستتبع بطلان الطعن بالنسبة لهم جميعاً ، يستوى أن يكون الطاعن كان يعلم حكم القانون فى هذا الشأن أو لا يعلم . وعلى الطاعن أن يراقب ما يطرأ على خصمه من وفاة أو تغيير فى الصفة قبل إجراء الإعلان ليعلن بالطعن من يجب إعلانه به قانوناً (2) . فإذا كان الخصم قد توفى تعين إعلان الطعن إلى جميع ورثته فى الميعاد بعد أن يقوم بالتحرى عنهم ، وإذا كان من بينهم قاصر تعين توجيه الإعلان إلى وصيه . فإذا أعلن القاصر بالطعن جاهلا عدم بلوغه سن الرشد ، كان الطعن باطلا بالنسبة لجميع الورثة إذا كان الموضوع الصادر فيه الحكم المطعون فيه غير قابل التجزئة ، ولا يقبل من الطاعن الاعتذار بجهله حكم القانون من ضرورة إعلان الوصى على القاصر فى هذه الحالة .

(1) وتعد القوة القاهرة عذراً يبرر عدم احترام الميعاد كما يبرر عدم مراعاة الشكل الذى يوجبه القانون .

(2) نقض مدنى ١٣ يونيه ١٩٦٣ س ١٤ ص ٨١٠ .

كما يشترط أن يتمسك بإعمال الجزاء صاحب الصفة فى التمسك به ، أى ذات الخصم الذى شرع الجزاء لمصلحته أو من يقوم مقامه أو دائنه بطريق الدعوى غير المباشرة . وإذا أوجب القانون أن ترفع دعوى معينة على أشخاص معينين ، وكانت هذه القاعدة من النظام العام ، فمن الجائز أن يتمسك أى خصم فى الدعوى بعدم قبولها إذا رفعت على بعضهم دون البعض الآخر . إنما إذا رفعت عليهم جميعاً وكانت صحيفة الدعوى باطلة بالنسبة لأحدهم فقط كان لهذا الأخير وحده التمسك بالبطلان ، لأن الأصل أن الإجراء يعتبر صحيحاً إلى أن يحكم ببطلانه ، ولا يحكم بهذا البطلان إلا بناء على تمسك صاحب الصفة ، ومتى حكم به جاز لأى خصم آخر أن يتمسك بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصامهم(1) .

ويشترط أيضاً أن يكون التمسك بالجزاء فى الوقت الذى قرره المشرع لذلك ، ويتعين أن يكون هذا التمسك واضحاً صريحاً ، ولا ينزل عنه صراحة أو ضمناً حتى يحكم بالجزاء . ويجب فى النزول الضمنى أن يقطع فى الدلالة عليه ، أما إذا تعلق الجزاء بالنظام العام فمن الواجب أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها . وقد يجيز المشرع التمسك بالجزاء فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، كما هو الحال فى عدم مباشرة الدعوى فى الميعاد المقرر فى

(1) قارن نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٢ س ٥ ص ٩١ حيث قرر أن الخصوم الحاضرين أن يتمسكوا ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى متى كانت الدعوى لا تقوم لها قائمة إلا بإعلان الخصم الغائب ، الذى لم يصح إعلانه ، كما هو الحال فى دعوى الشفعة . ولا يسقط حقهم فيه عدم سبق تمسكهم به لدى محكمة أول درجة ولا عدم إبدائه فى صحيفة الاستئناف ، لأن الدفع فى هذه الصورة لا يعتبر من الدفوع المنصوص عليها فى المادة ١٣٢ من قانون المرافعات (وتقابلها المادة ١٠٨ من القانون القائم) التى تسقط إذا لم تبد قبل التكلم فى الموضوع ، بل هو دفع متعلق بصحة انعقاد الخصومة بين أطرافها الواجب اختصامهم قانوناً .

وأقرر بهذه المناسبة أن القانون لم يشترط اختصام أصحاب المال الشائع جميعهم فى دعوى الحراسة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ، ومن ثم فإن ما جرى عليه قضاء الأمور المستعجلة من الحكم بعدم قبول دعوى الحراسة عند إغفال اختصام بعض الملاك لا يكون قائماً على سند من القانون . وكذلك الشأن فى دعوى استبدال الحارس القضائى أو عزله وإن كان من الأوفق فى دعوى الاستبدال أو العزل أن تأمر المحكمة باختصام ذوى الشأن الذين سبق اختصامهم فى دعوى الحراسة حتى تقف على رأيهم فى طلب استبدال الحارس أو عزله وفيمن يقوم مقامه فى حالة إجابة هذا الطلب .

القانون ، فيكون التمسك بالجزاء فى صورة دفع بعدم القبول يبدى فى أية حالة تكون عليها الإجراءات :

ويشترط أخيراً ألا يكون قد بدر من الخصم قبول أو فعل أسقط حقه فى التمسك بالجزاء عملا بنص القانون . وحتى يسقط هـذا الحق يتعين توافر ما يلى :

(أ) أن يبدر ذات القول أو الفعل الذى باتخاذه يقرر المشرع سقوط حق الخصم فى التمسك بالجزاء ، وأن يبدر هذا القول أو الفعل من جانب ذات الخصم المقرر الجزاء لمصلحته وقبل التمسك بالجزاء .

(ب) أن يتم القول أو الفعل إجابة لذات الإجراء الباطل . وحتى يتحقق هذا الشرط يتعين ، بداهة ، أن يتم الفعل أو القول بعد اتخاذ الإجراء الباطل، وأن يكون الخصم على علم بحصول الإجراء ، لأن القول أو الفعل الذى يتم قبل اتخاذ الإجراء الباطل لا يعد إجابة له ، ولأن القول أو الفعل الذى يبدر من خصم يجهل حصول الإجراء لا يمكن أن يعد إجابة له : ومن ثم فالتكلم فى الموضوع لا يسقط الحق فى التمسك ببطلان صحيفة الطلب العارض (من المدعى) إذا ما حصل قبل الإدلاء بهذا الطلب ، والتكلم فى الموضوع لا يسقط الحق فى التمسك ببطلان تقرير الخبير متى حصل قبل إيداع التقرير ، أو قبل علمه بإيداعه .

ويفترض المشرع علم الشخص بالإجراء وبكل مضمونه بمجرد اتخاذه صحيحاً فى مواجهته وفقاً لما هو مرسوم فى القانون ، فالإعلان يعد صحيحاً نافذاً بمجرد اتخاذ الشكليات التى يتطلبها القانون ولو لم يصل بالفعل إلى المراد إعلانه (١) . والمشرع أيضاً يفترض علم الخصم بمواطن البطلان فى التشريع وبكيفية التمسك به ، لأن هذا وذاك ، كما ذكرنا ، من القانون الذى لا يعذر أحد بجهله(٢) .

---

(١) قررت محكمة النقض أنه متى انتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه وذكر أنه سلم صورة الإعلان إلى أحد أقارب أو أصهار المعلن إليه المقيمين معه فإنه لا يكون مكلفاً بالتحقق من صفة من تسلم منه الإعلان ، ويكون - تبعاً - الطعن بالتزوير فى صفة مستلم الإعلان غير منتج - نقض ٢٣ إبريل ١٩٧٠ فى الطعن ٦٩ سنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

(٢) ونتبه إلى أن حضور الخصم الذى يسقط حقه فى التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور هو حضوره هو أمام المحكمة فى اليوم المحدد فى الورقة الباطلة وبناء عليها هى ذاتها .

الباب الثانى

فى

القانون العـــام

الفصل الأول

القانون الإدارى

القانون الادارى والنظام الادارى(1)

١٠٥ ــ قلنا إن القانون الإدارى هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخــلى الذى ينظم الإدارة العــامة Administration Publique (2) . ولا يعترف البعض بوجود القانون الإدارى بمعنى الكلمة ، إلا حيث تكون القواعد القانونية التى تحكم النشاط الإدارى مختلفة اختلافاً جذرياً وأساسياً عن القواعد القانونية التى تحكم النشاط الخاص ومنازعات الأفراد (3) . بيد أن كل ما يعنيه وجود قانون إدارى بهذا المعنى الخاص أو الضيق ، هو أن الدولة التى يوجد فيها تأخذ بنظام الإزدواج القانونى وتطبق على المنازعات الإدارية قانوناً خاصاً مغايراً للقانون الذى يحكم المنازعات الخاصة بين الأفراد . ولا يعنى تخلف القانون الإدارى بهذا المعنى الضيق فى دولة من الدول ، أن الدولة ليست قانونية ، أو أنها لا تخضع السلطات الإدارية لقواعد قانونية تسمو عليها وتقيدها فى تصرفاتها (4) ، فالدولة الحديثة التى تتمتع بقدر من المدنية والتحرر لا تطلق سلطان الإدارة دون حدود ، وإنما تضع القواعد المنظمة لسلطات الإدارة ، وتبين الأحكام المحددة لاختصاصاتها ، كما تقرر الضمانات التى تكفل احترام الإدارة لقواعد اختصاصها وحدود سلطاتها ،

---

(١) راجع ص ٢٦١ و ٢٦٢ .

(٢) وتعرف مادة « الإدارة العامة » فى الكتب الأمريكية باسم public Administration . بيد أن هذه الأخيرة تختلف فى مضمونها وفى موضوعاتها عن مادة القانون الإدارى Administrative law سواء فى مفهومه الفرنسى أو حسب الطريقة التى يدرس بها فى الجامعات الأمريكية . وقد أفرد لمادة « الإدارة العامة » مقرر مستقل فى السنة الرابعة بقسم الليسانس بعد أن كانت تدرس عندنا فى قسم الدراسات العليا بكلية الحقوق منذ عدة سنوات .

(٣) أنظر چورج ڤيدل ، القانون الإدارى ط ٣ ص ٤٧ .

(٤) ثروت بدوى ، مبادىء القانون الإدارى ، المجلد الأول ١٩٦٦ ص ٤٧ .

Georges Vedel, Droit Administratif 3e édition, p. 47.

وهذا هو ما يعرف بمبدأ المشروعية الذى سنتكلم عنه بعد قليل . ولكن الأخذ بمبدأ المشروعية وإخضاع الإدارة للقانون لا يؤدى حتماً إلى الأخذ بالنظام الإدارى le régime administratif ، ذلك النظام الذى لا يتحقق إلا حيث يتوافر أمران : أولهما ، وجود محاكم تختص بالفصل فى المنازعات الإدارية وتكون مستقلة عن المحاكم العادية ، ومعنى ذلك ضرورة وجود ازدواج قضائى يتحقق به الفصل بين الإدارة العامة والقضاء العادى . وقد قام هذا الفصل فى فرنسا أصلا لأسباب وظروف تاريخية خاصة بها ، ثم نحت بعض الدول على نهجها هذا النحو . أما الأمر الثانى الذى يلزم توافره فهو ضرورة وجود قواعد وأحكام خاصة تنظم النشاط الإدارى بحيث تكون مغايرة للقواعد والأحكام التى تنظم النشاط الخاص ، كما يجب أن يكون من شأنها تمتع الإدارة بسلطات أوسع وامتيازات استثنائية لا يتمتع بها الأفراد فى ممارستهم لنشاطهم أو فى علاقاتهم ببعضهم البعض[1] ، مثل امتيازها فى التنفيذ المباشر وفى التنفيذ الجبرى [2] الذى يعطيها الحق فى أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات تكون نافذة فى مواجهة الأفراد وملزمة لهم رغماً عنهم وباستخدام القوة المادية عند الاقتضاء . فهذا الامتياز الخطير يجعل

(١) راجع فى ذلك هوريو M. Hauriou, précis élémentaire de droit administratif 4e édition par André Hauriou, Paris, Sirey, 1938—André de Laubadère, Traité de droit administratif, 3e éd., t. 1, 1963, p. 27 ets.

(٢) يستخدم البعض اصطلاح التنفيذ المباشر واصطلاح التنفيذ الجبرى على أنهما مترادفان — أنظر توفيق شحاته ، مبادىء القانون الإدارى ط ١ ص ٩٨٢ وما بعدها — سليمان الطماوى ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٩٥٧ ص ٤٤٩ . ولكن الدكتور محمد فؤاد مهنا يفرق بين الاصطلاحين — أنظر القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى ، المجلد الثانى ، ١٩٦٤ ص ١٢٤٥ .

والواقع أن القضاء الفرنسى والجانب الأكبر من الفقه الفرنسى أيضاً يستخدم اصطلاح Exécution d'office واصطلاح Exécution forcée دون تمييز بينهما — ريفيرو ، القانون الإدارى ط ٣ ، دالوز ، باريس ١٩٦٥ ص ٩١ — ثروت بدوى ، المرجع السابق هامش ص ٤٩ . بيد أننا نفضل أن نقصر اصطلاح التنفيذ الجبرى على الحالات التى تلجأ فيها الإدارة إلى استخدام القوة المادية فى تنفيذ قراراتها . أما اصطلاح « التنفيذ المباشر » فنقصد به حق الإدارة فى اتخاذ قرارات بإرادتها المنفردة ، وأن تكون هذه القرارات نافذة قانوناً وملزمة للأفراد دون توقف على رضائهم . ويسمى الفقه الفرنسى هذا الامتياز الذى تتمتع به الإدارة Privilège du préalable.

الإدارة فى غنى عن الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقوقها قبل الأفراد ، فتقوم بتقرير هذه الحقوق بقرارات تصدرها هى دون حاجة إلى تدخل القضاء أو حتى اللجوء إليه . وهذا الامتياز يعد من أهم ما يميز النظام الإدارى الفرنسى عن النظم الأنجلوسكسونية ، ففى انجلترا أو أمريكا لا يجوز للإدارة أن تقتضى حقها بنفسها ، بل يلزم أن تلجأ إلى القضاء أولا ، ولا يجوز للإدارة أن تصدر من جانبها قرارات تكون ملزمة للأفراد ونافذة عليهم إلا بمقتضى نص فى القانون يعطيها هذا الحق .

٥٠٢ — ولما كنا قد تأثرنا فى مصر ، إلى حد بعيد ، بالأنظمة القانونية الفرنسية ، فقد نهجنا نهج فرنسا فى تخصيص قضاء إدارى (مجلس الدولة) بجانب هام من منازعات الإدارة ، وأخضعنا هذه المنازعات لقواعد وأحكام مستقلة عن قواعد القانون المدنى . ومن ثم نتكلم عن القانون الإدارى والشرعية فى الفكر الاشتراكى ، وعلى الأخص فى الاتحاد السوفييتى ، ثم عن الشرعية عندنا وفى العالم الغربى .

المبحث الأول

فى الاتحاد السوفييتى

قبل أن نتكلم عن القانون الإدارى فى الاتحاد السوفييتى ، بمعنى وجود أو عدم وجود قواعد خاصة تنطبق على الروابط القانونية بين الأفراد والدولة ، وما إذا كان القانون السوفييتى يعرف قضاء إدارياً يفصل فى المنازعات بين الأفراد والدولة ، يحسن أن نمهد لهذا البحث بعجالة عن نشوء الماركسية وعلاقاتها بالحرية .

نشأة الماركسية[1]

٥٠٣ — ترتب على الثورة الصناعية التى حدثت فى صدر القرن التاسع عشر وما صاحبها من اندفاق سيل الهجرة من الزراعة إلى الصناعة ومن الريف إلى المدن ، أن ضمت المصانع والمدن الصناعية مآسى بشعة وصوراً من القسوة عز أن يكون لها من قبل نظير ، فبرزت مشكلة الفقر نتيجة تكديس

(١) أنظر Georges Videl شرح القانون الدستورى ١٩٤٩ ص ٢٠٢ .

حشود الفقراء من العمال فى مناطق معينة ، ونجم عن ذلك الصعوبات الماثلة المتعلقة بالإسكان **housing** وبالصحة **hygene** وبالبطالة **unempolyment** . ولا شك أن احتشاد العمال وما يلازمه من يسر التجمع والشعور بوحدة الحال فى الحرمان أو الشكوى وسهولة الاتصال بين أفراد هذه الجموع لا يبطىء فى خلق إحساس مشترك بينهم يلازمه شىء من الشعور بقوتهم الممكنة لا الفعلية مبنى على شعورهم بكثرتهم . ولم تلبث هذه الكتل التى شعرت بوجودها أن أحست بالحاجة إلى القيادة والتوجيه الفكرى . فى هذا الجو تراءت صور من الاشتراكيــة وعدد من الأسماء(١) مترددة تتلمس طريقها إلى أن ظهر ماركس (٢) فأفلح بفضل ما أوتى من خصوبة الخيال وقوة التعبير والقدرة على التصوير فى أن ينشئ من هذه المشكاة ولها ، ديناً جديداً فيه كثير من خصائص الحركات الدينية وأساليبها وإن كان ماركس وأتباعه ينفون بشدة عن أنفسهم كل ما له علاقة بالدين ولا يدعون الاتصال بغير العلم وحقائقه(٣). وقد ذهب ماركس إلى تلقين العمال أو الكادحين **Proletariat** أن العمال — بمنطق العلم — شعب واحد فى كل بقاع الأرض وأن هذا الشعب هو وحده الذى له قيمة والذى فى يده أو ينبغى أن يكون فى يده مصائر المجتمع بحكم

---

(١) من أهم الأسماء التى ظهرت فى تلك الحقبة سان سيمون وفورييه وكونسدران ولويس بلان وبرودون . وفى ذلك العهد وضعت لفظة الاشتراكية **Socialisme** وضعها بيير لورو أحد أتباع سان سيمون وقابل بها كلمة الفردية **Individualisme** . ومعظم هؤلاء يعتمدون على الدولة سواء فى تنظيم الإنتاج أو إلغاء الملكية الفردية أو تقييدها أو تمويل الصناعة .

(٢) بدأت الشيوعية بين العمال بفريق منهم يئس من الساسة والسياسيين ولم يعد يؤمل فى تغيير أساسى شامل للمجتمع ، وكانت هذه البداية على صورة جمعيات سرية جعلت تتآمر أو تشترك فى المؤامرات على آل بوربون سنة ١٨١٥ ثم بعد سنة ١٨٣٠ على لويس فيليب .

(٣) كان ماركس قد كتب فى عام ١٨٤٦ إلى برودون يعرض عليه التعاون معه فرد عليه برودون بكتاب فى ١٧ مايو ١٨٤٦ قال له فيه هذه العبارات التى ينبغى ألا تفوت معانيها من يدرس حرية الفكر وسيادة القانون « لنبحث معاً إذا أردت عن القوانين التى تحكم المجتمع . ولكن بالله عليك لا تدعنا بعد أن هدمنا كل الاعتقاديات نفكر فى تلقينها الشعب مرة أخرى وعلى يدنا نحن ، لا ينبغى أن نكون أئمة لتعصب جديد ، ولا أن نجعل من أنفسنا رسلا وكهنة لديانة جديدة ولو كانت ديانة المنطق أو ديانة العقل » — أنظر محمد عبد الله محمد ، فى جرائم النشر ١٩٥١ ص ٣٦ و ٣٧ واقرأ نص هذه العبارات فى المؤلفات السياسية الكبرى لجان جاك شيفاليه ص ٢٥٩ و ٢٦٠ .

التطور التاريخى والاقتصادى أو بعبارة أخرى أن العمال هم الشعب المختار وأن هذا الشعب المختار يستمد حقه فى السيادة من أنه هو وحده المنتج لأن العمل عند ماركس هو وحده أصل الإنتاج وكل سلعة أو مال أو أداة من أدوات الإنتاج ليست إلا طاقة عمل تبلورت وتكدست وتجمدت فهى حق للكادحين لأنها عملهم أو جزء من عملهم فى الماضى والحاضر ، وأن هذا الشعب الواحد بحكم وحدته ينبغى ألا يتغير بالأوطان والأديان ، وأن هذا الشعب له عدو أصلى ينبغى أن يستشعر قبله العداوة كاملة — هو الطبقة المتوسطة (١) التى فى يدها وسائل الإنتاج فى العصر الحاضر ، وأن هذه العداوة أصلية قديمة عمرها عمر التاريخ وأن هذا الشعب أمامه مهام عاجلة هى الاستيلاء على الدولة وسلطانها للاستيلاء على وسائل الإنتاج والقضاء على الكافرين به وبحقوقه أى الطبقة المتوسطة حتى تكون الدنيا كلها للماركسية(٢). هذه المهام العاجلة تقابلها آمال آجلة أو تقابلها آخرة يعد بها الماركسيون غير واضحة المعالم(٣) .

العقيدة الماركسية

٥٠٤ — العقيدة الماركسية جزءان : جزء عملى مغرق فى الواقعية يحتاج إلى جهد إيجابى دائب مباشر هو تحقيق الثورة الشيوعية أى إزالة النظام الإجتماعى الموجود والنظم السياسية المرتكزة عليه ، وجزء نظرى لا يحوج إلى جهد إيجابى لأنه يتم — عند أصحابها — بقوة القوانين الطبيعية والقوى التاريخية وكنتيجة منطقية لتحقيق الثورة . والثورة هى لب الماركسية والجانب الحى منها ، وما نظريات ماركس وآراؤه عن العمل والأجور والقيمة والثمن

---

(١) وهى فى نظر ماركس كبار أصحاب رؤوس الأموال .

(٢) محمد عبد الله محمد ، المرجع السابق ص ٣٧ .

(٣) ولكنها فى بعدها وفى الضباب الوردى الذى يحيط بها تبدو كما قال ماركس فى الصورة الآتية « سيأتى وقت يختفى خضوع الأفراد المذل للعمل وإلى تقسيمه بينهم ويزول التعارض البغيض بين العمل العقلى والعمل اليدوى ويصبح العمل لا مجرد وسيلة العيش بل ضرورة حيوية للكائن ، وعندئذ تتدفق الثروة العامة وافرة دافقة وعندئذ فقط نكون قد تجاوزنا أفق البرجوازية الضيق ويتيسر للمجتمع أن يسطر على ألويته عبارة « من كل بحسب قدرته ولكل حسب حاجته » ماركس ، نقد البرامج ص ٢٤و٢٥ مذكور بنصه فى كتاب لينين « الدولة والثورة » ط ١٩٤٦ .

ورأس المال وتركيز الإنتاج وأزماته إلا حججاً في خدمة الثورة ومرايا تجمع أنظار العمال إليها وتركز التفاتهم العقلي والعاطفي حولها . وقد فهم لينين الماركسية على هذا الوضع فظل دؤوباً حتى نفذ الانقلاب الروسي . بيد أن الثورة الماركسية ليست حركة وقتية تتم بطرد الحكام الموجودين في زمن بعينه بمكان بعينه أو باستيلاء الماركسية على مقاليد الحكم قوة وقسراً ، بل إن هذا الاستيلاء العنيف ليس إلا بداية تحقيق الثورة التي يستغرق تحقيقها عشرات السنين ويحتاج بطبيعة الحال إلى بسط الحكم الدكتاتوري على المجتمع زمناً طويلا يتم فيه الإستيلاء على وسائل الإنتاج والقضاء التام على الطبقات المعادية واستئصال العناصر والعقائد المناوئة للماركسية وترويض أفراد المجتمع على مبادئها والسير على نهجها وتصنيع البلاد لأن الماركسية لا تعيش إلا في الوسط الصناعي وتحويل المجتمع كله إلى صورة مكبرة للمصنع الحديث تتجلى فيه الدقة الآلية والنظام والإنتاج . وسنقف قليلا بالمادية الماركسية وبالدولة الماركسية لأنهما مما لا يستغني عن الوقوف بهما الباحث في الشرعية وسيادة القانون .

المادية الماركسية

٥٠٥ — سبق أن ذكرنا أن عقيدة الحرية قد أسسها أهل القرن الثامن عشر على تقديس العقل البشري . وقد ذهب هيجل في تقديس العقل إلى حد أنه اعتبر الكون كله فكرة أو تحقيقاً لفكرة ، وأن تطور البشر والحياة هو إلى إحكام هذا التحقيق أي إلى بسط سلطان العقل وتجلي حقيقته في الماديات تجليها في المعقولات . هذه الروحية التي ارتفع إليها هيجل لا تقيم وزناً كبيراً للفوارق المادية بين البشر لأنها توجه قضية الإنسانية ومستقبلها هذا الاتجاه الفكري أو الروحي وتجعل تحقيقه التام غاية لتطور النوع الإنساني عموماً منظوراً إليه نظرة كلية شاملة تختفي فيها التقاسيم الدولية والاجتماعية وتستغرق الأمم والطوائف والطبقات جميعاً . وقد ثار ماركس على فكرة هيجل كما ثار على كل مذهب يرتكز على أساس روحي أو فكري ، فإذا قال هيجل في البدء كانت الفكرة ثم تجلت الفكرة في الطبيعة المادية صاح ماركس في البدء كانت الطبيعة المادية المحسوسة ثم كان الفكر صدى لهذه الطبيعة . فنقطة الابتداء عنده أن الفكر ترجمة للماديات التي تدركها الحواس ، أو أن الناس

حين يأكلون ويعيشون على نحو معين يفكرون على نحو معين وأن تاريخ البشر العقلي وتراثهم الروحي ليس إلا صدى لتاريخهم المادي أو الاجتماعي ، وأن الذي يتحكم في الماديات يتحكم في المعنويات سواء أكانت فنوناً أم علوماً أم آداباً أم أخلاقاً أم سياسة ، وأن حياة الناس ومصائرهم رهن بإنتاج السلع فهم يعانون الضيق ويشعرون بالسعة ويشقون ويسعدون وتغلظ حياتهم وتخشن أو تترف وتزدان بالفنون على قدر ما ينتجون من لوازم الحياة المادية لطعامهم وشرابهم وملبسهم ومسكنهم وعلى قدر ما يصيب كل منهم من توزيعها — هي مادية تنكر الروح والبعث والآخرة والجزاء الأخروي بل تنكر العناية الإلهية نفسها . ثم هي مادية تستغرق أطوار البشرية جميعاً لأنها تحاول فهم ما مر من تاريخ البشر في الماضي وما ينتظر في المستقبل بهذا المناط المادي وحده غير ملتفتة إلا إلى القوى التي تنتج السلع المادية وروابط هذا الإنتاج ، غير آبهة لآمال عظماء الرجال وأحلامهم ، فهي مادية تاريخية تسير في طريقها المحتوم مطبقة كالقدر لا يدفعه إرادة فرد أو أفراد[1] . ثم هي مادية جدليـــة[2] لأنها تنظر إلى تاريخ البشر المادي

(١) تاريخ الحزب الشيوعي في روسيا الذي وضع بموافقة اللجنة المركزية للحزب في روسيا طبعة ١٩٤٦ ترجمة فرنسية ص ٩٢ — ١١٣ وترجمة عربية للأستاذ محمد عبد الله محمد بالمرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها .

(٢) كان الأقدمون يقصدون بكلمة الجدل أو الجدلية **dialectique** فن الوصول إلى الحقيقة من طريق الكشف عن وجوه التناقض في حجة الخصم واستدلاله وتجنب هذا التناقض . أما هيجل ومنه أخذ ماركس جدليته بعد أن أفرغ منها مضمونها الروحي وقصرها على عالم المادة والطبيعة ، فيريد بالجدلية أو المنهج الجدلي خاصية في الأفكار والأشياء بها تتداخل الفكرة حتماً في غيرها وتنتقل إلى نقيضها نتيجة اتصال كل شيء في الوجود بسائر الأشياء . فإنكار فكرة معينة أو نفيها معناه أن فكرة جديدة بدأت تظهر وتحل محلها . وعلى هذا النحو يرى هيجل أن الفكر أو العقل يكمل نفسه في سلسلة متوالية لا تنقطع ولا يتدخل في تواليها وتسلسلها عنصر خارجي عن الفكر نفسه . ويتكون هذا التسلسل الجدلي من ثلاثيات ، فكرة مثبتة **thèse** وفكرة تنفيها **antithèse** والتئلاف الإثبات والنفي في فكرة أعم **synthèse** تعتبر هي بدورها إثباتاً جديداً **thèse** يتعرض للنفي ثم للائتلاف وهكذا بغير انقطاع . هذه الجدلية الذاتية في نظر هيجل تعبير الوجود عن نموه الذاتي أو نبض الوجود في تفكيرنا ، فكل ظاهرة محدودة تشير بحكم تحديدها إلى ما وراء ذاتها وهي ليست إلا لحظة في الكون . وقد التقط ماركس هذه النقطة من فلسفة هيجل لأنه وجد فيها دورة ثورة هائلة فهي تصور الوجود كله في حركته الذاتية على صورة صراع هائل طبيعي ليس منه مفر وتبرز تقدم العالم —

لا باعتباره مجرى يطرد سيره ويتطور فى معظم أحواله على نحو تدريجى هادئ متجهاً نحو التقدم ، بل تنظر إليه باعتباره سلسلة طفرات وثورات ، وأن تقدم الجماعة الإنسانية من الوجهة المادية فى نظر الماركسية ليس مجرد عملية نمو بسيطة هادئة ، وهو لا يجرى على سنة التطور المتسق بين الظواهر ، وإنما يجرى دائماً وحتماً على قفزات مفاجئة سريعة نتيجة اتضاح وجوه التناقض الكامنة بين الأشياء أو الظواهر التى تتألف منها الظروف المادية للمجتمع — يجرى ذلك على سنة التطاحن والصراع بين الميول المتعارضة للقوى الإجتماعية التى تعمل على أساس متناقضاتها . هذه الجدلية تصور صراع العناصر التى يتألف منها المجتمع الحالى كأنه حقيقة علمية طبيعية حتمية من العبث مقاومتها بالتماس أسباب التهدئة بين هذه العناصر ، ثم هى كذلك تمثل ثورة الطبقات المقهورة باعتبارها ظاهرة طبيعية حتمية ليس عنها محيص ولذلك لا يحل للماركسية اعتقاد إمكان خلاص العمال من ربقة الرأسماليين بتغييرات بطيئة أو بإصلاحات هادئة لأن ذلك الخلاص لا يقع على مقتضى المنهج الجدلى المادى إلا بالثورة التى تقضى على وجوه التناقض فى المجتمع ، ولذا ينبغى ألا يكون الماركسى داعية إصلاح هادىء بل ثورياً لا يقبل المصالحة ولا التهدئة ولا التوفيق بين مطالب طبقته ومصالحها وبين مطالب ومصالح غيرها(١) :

الدولة الماركسية والحرية

٥٠٦ — الدولة عند الماركسية(٢) ليست إلا وسيلة قمع نتيجة لتناقض فى تكوين المجتمع أى نتيجة لتعارض الطبقات وتعاديها فيه ، إذ المجتمع الذى تتعادى طبقاته وتتعارض مصالحه محتاج للدولة بحكم احتياجه لقوة قامعة تمكن

= المادى والفكرى على أنه تفاعلات وعمليات مستمرة لا نهاية لها فى العدد ولا فى التعقيد أساسها التطاحن والتناحر والحرب بين القديم والجديد والذابل واليانع والقوى والضعيف .

(١) تاريخ الحزب الشيوعى ، المرجع السابق ص ٩٦ و ٩٧ .

(٢) أنظر كتاب لينين ، الدولة والثورة ص ١٠٩ وما بعدها . واقرأ فى انتقاد انجلز لعبادة الألمان الدولة ص ٧٤ من هذا الكتاب . وراجع كتاب انجلز ، أصول الأسرة والملكية الفردية والدولة .

هذا ويرى هجل وأتباعه فى الدولة أسمى مظاهر تطور الوجود الاجتماعى ويتجلى فيها أعظم صور التركيب والتمضية والوعى ، وأنه يجتمع فيها وعندها كمال العقل والخبرة .

الطبقة التى تستغل غيرها من المحافظة على الظروف والأحوال التى تمكنها من هذا الاستغلال ، أو بعبارة أخرى أن الدولة فى نظر الماركسيين ليست إلا نظاماً يضمن بقاء الطبقات المستغلة فى حالة الخضوع والقهر التى يستلزمها نظام الإنتاج السائد سواء أكان هذا النظام يقوم على الاسترقاق كما هو الحال فى العصور القديمة أو على العمل المأجور كما هو الحال فى النظام الحالى .

فالدولة عند الماركسيين هى دولة الطبقة التى تمثل فى زمنها المجتمع أو التى تسود المجتمع — دولة ملاك الرقيق فى العهد القديم ، ودولة الأشراف الإقطاعيين فى العصور الوسطى ، ودولة الطبقة المتوسطة فى العهد الحالى . وعندهم أن الدولة لا يمكن أن تكون فى نظام غير النظام الماركسى دولة المجتمع كله ، لأن الدولة حين تصبح دولة المجتمع كله لا يكون لوجودها ما يبرره لأنه حيث لا توجد طبقة اجتماعية مقهورة يراد بقاؤها على حالها من القهر والخضوع وحيث لا يوجد أفراد يصطرعون من أجل العيش نتيجة لفوضى الإنتاج ويتصادمون ويتعدى بعضهم على بعض ، حيث لا يوجد شىء من ذلك لا يبقى شىء يستحق القمع فلا يكون لسلطة القمع مبرر يقتضى أن توجد . وإذا مثلت الدولة المجموع على هذا المعنى فإن أول عمل تأتيه وهى بهذه الصفة ينبغى أن يكون هو الإستيلاء على كل وسائل الإنتاج باسم المجتمع ، فإذا تم ذلك كان هذا العمل آخر عمل يمكن أن يصدر منها بصفتها دولة لأن كل تدخل بعد ذلك فى العلاقات الاجتماعية يفقد معناه تدريجياً ، وعندئذ يحل محل حكومة الأشخاص إدارة الأشياء وتوجيه الإنتاج . فالدولة لا تلغى وإنما تزول وتسقط من نفسها بعدم الاستعمال . وعلى الرغم من أن فكرة الماركسيين عن الدولة خالية من السمو ، إلا أنهم يدعون للطبقة الكادحة حينما تستولى على الحكم سلطاناً مطلقاً أى أن دولة العمال عند الماركسيين لا يمكن أن تكون إلا دكتاتورية مطلقة السلطة وهم يسمونها تارة ديكتاتورية العمال ، وتارة الدولة(١) الشعبية الحرة .

(١) وقد كان تأليه الدولة من دأب العسكريين والقوميين الذين يعارضون المذهب الحر والنظام البرلمانى ويمقتون الحكومة الشعبية والنظم البرلمانية لأنها فى رأيهم لا تتفق مع سياسة قومية قوية ، وهم يميلون إلى العسكرية وإلى تمجيد النظام وغيره من فضائل الجندية . وقد وضع الفاشيون يدهم على هذا الرصيد من الآراء والتقاليد والاتجاهات وتبنوها فقالوا =

٥٠٧ — ومن خصائص الماركسية إنكارها الحريات وحرمة الحقوق الفردية ارتكاناً إلى فلسفتها التى تقوم على ازدراء الحرية ، والاعتماد فى الحكم اعتماداً أساسياً على البوليس ، ونظام الحزب الواحد والاعتماد على

— فى تأليه الأمة والدولة وخلعوا عليهما من المعانى الصوفية ما جعلهما مصدراً لكل قيمة أو فضيلة ، كذلك غالوا فى تمجيد الحرب والروح العسكرية زعماً بأن القوة السياسية تخلق الثروة كما قال موسولينى وأن المحراث الألمانى يسير وراء السيف الألمانى كما قال هتلر . إلا أن الفاشية لم تستطع بدورها أن تساير التراث الهيجلى إلى نهاية الشوط لأنها شديدة الولع بالمتناقضات ، حريصة على إبراز دور الزعماء والقادة فى تقرير مصائر الأمة وعلى الإشادة بوحى العقول العظيمة النادرة ، وهذا الوضع يتعارض مع فكرة الضرورة التاريخية ، أو منطق التاريخ ، التى قرر هيجل حكمها فى البشر والتى يبدو إلى جانبها نصيب الأفراد ولو كانوا من عظماء الرجال ضئيلا تافهاً فى التأثير على مصائر الشعوب ومسار الحضارات . فتزودت الفاشية لإشباع حاجتها إلى البطولة وعبادة الأبطال بتراث المذاهب اللامعقولية التى لمع فيها شوبنهور ونيتشه — فإن هذه المذاهب مع ما بينها من خلاف تتفق فى إنكار الإيمان الكلى بالعقل ، ذلك الإيمان الذى كان يستغرق هيجل والذى كان عاماً فى القرن الثامن عشر كما تتفق فى عبادة العبقرية أو البطولة . وقد هيأ ذلك لموسولينى أن يقول : الإنسان كائن روحى يعرف القانون الأخلاقى الذى يفتح له آفاقاً من الحياة تتجاوز حدود الزمان والمكان . إنه كائن قادر على التضحية والبطولة يهدف إلى أبعد من الجرى وراء السعادة والراحة المادية . كما قال فى إحدى خطبه « لقد خلقنا أسطورتنا ألا وإن الأسطورة عقيدة وإيمان أو وإنها عاطفة عارمة لا يلزم أن تكون فى الأصل حقيقة فى ذاتها . يكفينا أنها أصبحت حقيقة بحكم كونها دافعاً وأملا وإيماناً بحكم كونها شجاعة ، إن أسطورتنا هى الأمة ، هى عظمة الأمة » . كذلك قال هتلر فى كتابه « كفاحى » إن فلسفة الحزب كالدين لا تقبل التسامح ، إنها تشترط القبول التام الذى لا شك فيه . إنها معصومة تملى على أنصارها معصوميتها . إنها تقاتل أعداءها بكل وسيلة فى مقدورها . إنها فى حاجة إلى التنظيم من قيادة صغيرة العدد ذكية تخدمها كتل ضخمة مشبوبة العاطفة . إن قيمة الفكرة هى فى أن تجعلنا نتغلب على الشفقة والإشفاق وأن تقوى فينا الإرادة وتجعلها صلبة صلدة مستعدة للمعركة . إن إيمان الحزب أو الشعب برسالته وبضرورة نجاحه هو كل ما يحتاج إليه لتبرير تصرفاته فى استعمال أشد الوسائل غلظة » .

فالفلسفة الفاشية ليست إذن وسيلة فهم ولا تفسير وإنما هى وسيلة لإثارة المشاعر وتحريضها وتقوية الإرادة . ولقد ربط الفاشيون الإيطاليون أسطورتهم بروما القديمة واعتبر بعض مفكريهم أن الثورة الفرنسية كانت الذروة فى موجة الانحطاط التى بدأت بسقوط روما القديمة وأن المذهب الحر وتقرير حقوق الفرد هما نهاية النهاية فى البعد عن الفكرة الرومانية التى تقوم على حق الدولة وسلطتها . أما الألمان فقد ربطوا أسطورتهم بالجنس الآرى باعتباره سيد الأجناس ودعامة الحضارة دعوى منهم أن تاريخ الحضارة هو صراع بين هذا الجنس وبين الفوضى الجنسية أو الخلاسية الجنسية التى غمرت أوروبا الجنوبية وآسيا وافريقيا ، وأن هذا الصراع ذو أساس الصراع بين الكاثوليكية والديمقراطية والماركسية وبين المثل الجرمانية العليا —

الشباب واستهوائه ، وهى وجوه متشابهة مترتبة بعضها على بعض متفرعة كلها على كون الحكم مطلقاً استبدادياً(١) . وهذا لا يمنع من أن الماركسية حركة شعبية أى تستند إلى الكتل ويدعى القائمون بها خدمة الكتل . على أنه ليست كل حركة شعبية حركة حرة ، فإن خدمة الشعب قد يدعيها ويستهدفها النظام المطلق كما يدعيها ويستهدفها النظام الذى يقوم على الحرية . وقد تتحقق خدمة الشعب فى ظل الدكتاتورية كما تتحقق خدمة الشعب فى ظل النظم التى تقوم على التعاون الحر وحرية المناقشة ولذلك لا ينبغى أن نفهم من كلمة (شعبى) أنها مرادفة لكلمة (حر) لأن كلمة شعبى إنما تشير إلى غاية معينة هى خدمة الكتل بينما كلمة حر تشير إلى أسلوب من الأساليب وطريقة من الطرق المختلفة لتحقيق هذه الغاية المعينة(٢) .

— المتعلقة بالشرف والقلق والاستقلال والمسئولية — راجع فيما تقدم جان جاك شفالييه ، المرجع السابق ص ٢٥٠ — ٢٧٠ ونيتشه فى كتابه **Humain, par trop humain** وفردريك شومان ، السياسة الدولية **International Politics** ١٩٤١ ص ٢٠٠ وما بعدها وجنتيل **Gentile** فى كتابه ما هى الفاشية وبارتلمى ودويز ص ٢٥٧ وما بعدها واسمان ط ٢ ص ٦٩ وما بعدها وكتاب فرميل **Vermail** أئمة الثورة الألمانية **Doctrinaires de la révolution** . وانظر فى العربية الأستاذ محمد عبد الله محمد ، المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها . وراجع كتاب هتلر « كفاحى » ولا سيما ما جاء فيه من أن « الدعاية الخاصة بشعب يكافح من أجل وجوده ينبغى ألا تلقى بالا أو اعتباراً للإنسانية ولا للنزاهة الأدبية أو حسن النية . . . وماذا يكون احترام الحقيقة ؟ إن أقوى ما يحرك الكتل والجماهير إلى الثورة هو التعصب الذى يضرب روحها بالسياط ويدفعها دفعاً إلى الأمام وهذا لا يكون إلا بالعنف الهستيرى لا بالمعارف الموضوعية والحقائق العلمية . أما السؤال الثانى فهو إلى من تتجه الدعاية ؟ إلى الكتل أو إلى رجل الكتل **l'homme masse** أو رجل الجماهير **l'homme foule** لصياغة عقائد تستقر فى وجدانه المظلم — لا إلى الفرد **l'homme individu** ولذلك ينبغى أن تكون كل دعاية شعبية وأن تكون براهينها ملائمة لأبسط عناصر الجمهور وأكثرها سذاجة ، وكلما أريد أن يتسع نطاقها كلما لزم أن يهبط مستواها الفكرى » .

(١) وهذه هى أيضاً خصائص الأسلوب الفاشى رغم أن الفاشية تعارض كل صور الماركسية معارضة تامة من حيث العقيدة أو من حيث الفلسفة بل وتعاديها عداء مريراً . ومن ذلك نرى أن المذاهب المتطرفة يمينية أو يسارية تلتقى فى نهاية الأمر كأنما كروية الكوكب الذى نعيش عليه تتحكم أيضاً فى سير الأفكار والعقائد . وقد اعترف موسولينى نفسه بالتشابه فى الوسائل بين الفاشية والبلشفية حين قال « إن ثورتنا تشابه فى أهدافها العامة الثورة الروسية ولكن على صورة أخرى » — اسمان ، المرجع السابق ص ٦٩ حاشية ١٩٩ .

(٢) وأصحاب هذه المذاهب ، فاشية واشتراكية ، يقولون إن الحرية لا يطلبها —

هل يوجد قانون ادارى فى الاتحادى السوفيتى

٥٠٨ — من المبادىء الأساسية فى الاتحاد السوفيتى مبدأ وحدة القضاء . والمحاكم هناك لا تقتصر على نظر المنازعات بين الأفراد ، وإنما تنظر أيضاً المنازعات التى تثور بين الأفراد وجهات الإدارة . وفكرة وجود قانون إدارى يشتمل على قواعد خاصة تنطبق على الروابط القانونية بين الأفراد وجهة الإدارة أو بين جهات الإدارة بعضها ببعض لا وجود لها فى الاتحاد السوفيتى ، كذلك فإن القانون السوفيتى لا يعرف قضاء إدارياً منظماً للفصل فى المنازعات بين الأفراد والدولة ، فهذه المنازعات تطرح على المحاكم شأنها شأن المنازعات بين الأفراد . وقد نصت المادة (٤) من قانون المرافعات الأساسى على أنه « . . . للمحاكم ولاية الفصل فى الدعاوى الناشئة عن الشكاوى المتعلقة بالخطأ فى القيد بجداول الانتخاب ، وأعمال الهيئات الإدارية

— الإنسان إلا حين يشعر بحرمانه منها وهو لا يشعر إلا حين يشبع من بعد جوع ويكتسى من بعد عرى ويسلم من بعد مرض ويتعلم من بعد جهل ويأمن من بعد خوف ، ولأن الغذاء والكساء والصحة والتعليم والأمن كل أولئك يأتى قبل الحرية مقدماً عليها سابقاً لها .

ويقول الأستاذ محمد عبد الله فى مؤلفه سابق الذكر ص ٦١ رداً على هذا القول ما يلى « ولنا أن نسألهم ونسأل كل من يقول قولهم هل هذه المقومات الحيوية التى لا ينبغى ألا يستغنى عنها إنسان فى هذا الزمان — هل هى صدقة عليه يستجديها ويلتمسها أو هى حق للآدمى لا يلتمسه ولا يستجديه ؟ إن كانت صدقة فوسيلتها الالتماس والاستجداء ونحن نسلم بألا حاجة للمستجدى الملتمس إلى الحرية بل حاجته إلى نقيضها أمس إذ هو فى حاجة إلى المداجاة والرياء والمسايرة والنفاق والملق . وأما إن كانت هذه المقومات الحيوية حقاً للإنسان بمحض كونه إنساناً فيجب أن يطلب الناس حقهم هذا وأن يمكن الناس من طلب حقهم هذا ويجب أن يراقب الناس سير حقهم حتى يصل إليهم ويجب أن يراقب الناس استمرار وصول حقهم إليهم ويجب أن يكون من حق الناس إبعاد من يتعرض لهذا الحق بالتضييع أو التمويق أو التفريط . يجب أن يكون الناس أحراراً ليطلبوا ويأخذوا حقهم من الغذاء والكساء ويجب أن يكونوا أحراراً ليطلبوا ويأخذوا حقهم من الصحة ومن التعليم ومن الأمن ويجب أن يكونوا أحراراً ليراقبوا أداء حقهم واستمرار أدائه وليراقبوا كيفية أدائه ومن يقوم بأدائه . فالحرية حق لازم للحق فى الغذاء والكساء والصحة والتعليم والأمن . والحرية يمكن أن تكسب هذه الحقوق وبدونها تفقد هذه الحقوق أى تضيع حرمتها وقداستها وبداهتها . بدون الحرية تتعرى هذه الحقوق من صفة الحق الأساسى الذى يلزم الدولة والمجتمع والمهيمنين على الدولة والمجتمع من المسئولين عن حكمه ، تتعرى هذه الحقوق من صفة الحق إذا لم تلازمها الحرية وتسقط إلى مرتبة الصدقة والتصدق على هذا الحيوان الناطق الذى يسمى إنساناً » .

المتصلة بفرض الغرامات وغير هذه من القضايا الناشئة عن الروابط القانونية الإدارية والتى يقرر القانون أنها من اختصاص هيئات قضائية » .

وتطبيقاً لهذا من المقرر أنه يدخل فى ولاية القضاء المنازعات ذات الطبيعة الخاصة بين إدارات الدولة أو إدارات الهيئات التعاونية والاشتراكية ، كما يدخل فى ولاية القضاء المنازعات الناشئة عن عمليات بنك الدولة أو عقود النقل أو الاتفاقات المتعلقة باستعمال المرافق العامة أو العقود المالية بين المزارع الجماعية أو بين المزارع الجماعية والهيئات العامة ، كذلك يدخل فى ولاية القضاء الدعاوى المتعلقة بالتأمينات الاجتماعية فى مواجهة المؤسسات العامة(١) .

منازعات تخرج عن ولاية المحاكم

٥٠٩ — ثمة منازعات تخرج من ولاية المحاكم فى الاتحاد السوفيتى ورد تنظيمها فى نصوص متفرقة ، وبعض هذه المنازعات تختص بنظرها جهة إدارية ، مثل طرد العمال من المساكن العمالية عند نهاية عقد العمل ، والطرد من المساكن المملوكة لإدارات الدولة وخاصة العسكرية ، وإخراج شاغلى الأماكن الصالحة للسكن بغير سند ، والطرد من المساكن الآيلة للسقوط ، فى هذه الحالات جميعها لا يتم الطرد بدعوى قضائية وإنما يتم بالطريق الإدارى بقرار من النيابة ، فإذا لم تصدر النيابة قرارها بالطرد (٢) ، فإن المؤسسة المعنية أن تلجأ إلى المحكمة الشعبية بالإجراءات العادية . كذلك فإنه بالنسبة للمنازعات الزراعية لا تمتد ولاية القضاء إلى رفض الدولة منح امتياز الانتفاع بالأرض المملوكة لها أو إلغاء الامتياز ، وإنما يكون الأمر

(١) ويسمى هوريو **Haurion** مثل هذه الدول ، الدول بغير نظام إدارى . أما الدول التى تميز الإدارة بقواعد خاصة وتمنحها سلطات واسعة ، وتخضعها لمحاكم خاصة مختلفة عن المحاكم العادية التى يخضع لها الأفراد ، فقد أطلق عليها اسم « البلاد ذات النظام الإدارى **Les pays à régime administratif** » . وراجع فى هذا الموضوع دراسة مقارنة للنظامين الإنجليزى والفرنسى ، ماركوس لفيبر ، سلطة الإدارة فى التصرف من جانب واحد فى القانونين الإنجليزى والفرنسى ، باريس ١٩٦١ ، تقديم الأستاذ جان ريفيرو **Marcus lefébure, le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français.**

(٢) ويسمى هذا القرار **Sankzija** — أنظر فتحى والى ، المرجع السابق ص ١٥ .

مطلقاً للجهة الإدارية المختصة . ويعلل هذا بأنه فى الاتحاد السوفيتى يوجد حق أى مصلحة يحميها القانون للمواطن فى مواجهة غيره من المواطنين ، ولكن لا يوجد حق له فى مواجهة الدولة .

منازعات تختص بها هيئات تحكيم عامة

٥١٠ – جل المنازعات المالية التى تثور بين المؤسسات العامة أو الهيئات التعاونية – باستثناء المزارع الجماعية ، لا تخضع لولاية القضاء ، وإنما تعرض هذه المنازعات ويفصل فيها بإجراءات خاصة بواسطة هيئات التحكيم العام (١) . ودعا الدولة إلى اتباع طريق التحكيم اعتباران : الأول هو الطبيعة الفنية المعقدة للمنازعات التى تقوم بين المؤسسات والهيئات العامة . وهذه الطبيعة الفنية تجعل من غير المناسب نظر هذه المنازعات بواسطة المحاكم الشعبية المكونة من قضاة منتخبين والتى يشترك فيها قضاة شعبيون ، وهم قضاة هواة عرضيون لا يقوون على الفصل فى مثل هذه المنازعات التى تحتاج إلى خبراء . والأمر الثانى أن ثم ارتباطاً وثيقاً بين هذه المنازعات والخطة . والسلطات الإدارية التى وضعت الخطة ، والتى تقوم – عند الضرورة – بتعديلها أثناء تنفيذها لتتلاءم مع الظروف ، أقدر من المحاكم على نظر هذه المنازعات .

النزاع أمام هيئة التحكيم(٢)

٥١١ – لا يجوز لهيئة التحكيم أن تنظر النزاع إلا بناء على طلب من

(١) وهذه الهيئات لا تعتبر محاكم بمعنى الكلمة ولا تعتبر قراراتها قضاء ، ولهذا لم ينص الدستور السوفيتى عليها فى المادة ١٠٢ التى تحدد المحاكم كما لم ينص عليها قانون التنظيم القضائى . وتشكل كل هيئة من هيئات تحكيم الدولة من عدد من الخبراء والفنيين أو رجال القانون ويشرف رئيس الهيئة على نشاطها ويختار الخبير الذى يكون محكماً بالنسبة للنزاع المعروض . والخبراء المعينون أعضاء هيئات التحكيم يعينون بواسطة السلطات الإدارية وذلك على خلاف القضاة فى روسيا الذين يختارون بالانتخاب . وتنقسم هيئات التحكيم إلى نوعين أساسيين : تحكيم الدولة وينظر فى المنازعات بين المؤسسات أو الهيئات التابعة لوزارات مختلفة ، والتحكيم الوزارى ويتعلق بالمنازعات بين مؤسسات أو هيئات تابعة لنفس الوزارة – فتحى والى ، المرجع السابق ص ١١٦ وما بعدها .

(٢) لعل من المفيد أن نعرض بهذه المناسبة لقواعد التحكيم العام فى مصر ونبادر إلى القول بأن المشرع المصرى أصدر القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ (المواد من ٦٦ إلى ٧٨) على نحو لا يمكن أن يؤدى إلى الأهداف التى يمكن أن يحققها نظام صحيح للتحكيم العام –

المؤسسة ذات الشأن والقاعدة أن يجتمع المحكم المختار للنزاع المعين مع ممثلين للمؤسستين المتنازعتين ، وإذا لم يصلوا إلى تسوية للنزاع قام المحكم وحده بالفصل فيه . وتلتزم هيئة التحكيم باتباع قواعد قانون المرافعات ، وعليها أن تطبق قواعد القانون المدنى وغيره من القوانين الموضوعية وأن تسبب قرارها استناداً إلى هذه القواعد .

هذا وقرار الهيئة لا يقبل الطعن بأى طريق ، وإن كان يجوز لرئيس هيئة التحكيم أن يأمر بإعادة نظر النزاع ، كما أن من سلطة رئيس هيئة تحكيم الدولة للاتحاد السوفيتى أن يباشر إشرافاً على جميع هيئات التحكيم وأن يلغى

= فى مصر ليس سوى « قضاء » منظم على نحو خاص يرمى إلى الفصل فى خصومة بإجراءات مبسطة ، وأن البون شاسع بينه وبين التحكيم العام كما ينبغى أن يكون ، فوفقاً للقانون المصرى ، تشكل هيئة تحكيم لكل نزاع من مستشار من القضاء العادى أو مجلس الدولة ومن أعضاء بقدر عدد الخصوم (م ٦٧) ، وتتبع الهيئة وزارة العدل . ومفاد هذا أن الأمر لا يعدو أن يكون فصلا فى نزاع يقوم به مستشار يتغير من نزاع إلى آخر ، إذ من الطبيعى أن يمثل كل خصم سيدلى بصوته لمصلحة من يمثله ولا يمكن اعتباره محكماً بمعنى الكلمة ، وهو ما يعنى أن الاعتبارين اللذين أديا بنظام التحكيم العام فى الاتحاد السوفيتى وهما الطبيعة الفنية للمنازعات ، والارتباط بين هذه المنازعات وخطة الدولة لم يكونا فى ذهن المشرع المصرى عند تنظيمه للتحكيم العام . هذا إلى أن هيئات التحكيم العام فى الاتحاد السوفيتى لا تختص بجميع المنازعات التى تقوم بين المؤسسات أو الهيئات العامة ، إذ تختص فقط بما لا تقل قيمته منها عن ألف روبل ، وهذا نتيجة اهتمام تلك الهيئات بالمنازعات المرتبطة بالخطة ، حالة أن هيئات التحكيم فى مصر تختص ، وفق المادة ٦٦ من القانون بكافة المنازعات بين شركات القطاع العام ، أو بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة ، وذلك مهما تفاهت قيمة بعض هذه المنازعات فى البساطة من الناحية الاقتصادية . وهيئات التحكيم عندنا لا يعرض عليها سوى « المنازعات » بالمعنى الدقيق ، حالة أن هيئات التحكيم فى الاتحاد السوفيتى تقوم بحل مشاكل الإنتاج حتى بالنسبة لمشاكل « ما قبل التعاقد » والتى لا تعتبر منازعات بالمعنى الصحيح ، كما أن أبرز ما تقوم به هو توجيه الهيئات والمؤسسات العامة اقتصادياً ، والإرشاد إلى تعديل الخطة لمواجهة صعوبات تنفيذها ، تلك الصعوبات التى تكشف عنها بمناسبة ما يثار أمامها من مشاكل أو منازعات ، بالإضافة إلى ضرورة أن تضع نصب أعينها تحقيق الخطة ولو أدى هذا إلى عدم تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً دقيقاً . وواضح أن هيئة التحكيم فى مصر لا تفعل سوى تطبيق القانون دون اعتبار لخطة الدولة ، إن كان للدولة خطة ، كما أنها لا يمكن أن تقوم بمثل الوظائف الهامة التى تقوم بها هيئة التحكيم فى الاتحاد السوفيتى لقصور دورها وطريقة تشكيلها الموضحين بالقانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ والذى حل محله القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ .

أى قرار أصدرته أية هيئة من هيئات تحكم الدولة ، وذلك لمصلحة القانون كما أن له أن يصدر توجيهات إلى جميع هذه الهيئات تشبه تلك التى تصدرها الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا إلى القضاة والتى سنتكلم عنها بعد قليل .

مصادر التشريع فى الاتحاد السوفيتى

٥١٢ — قلنا إنه لاتوجد قواعد خاصة تحكم الروابط القانونية بين الأفراد وجهة الإدارة أو بين جهات الإدارة بعضها بالبعض الآخر ، وأن القضاء المدنى فى الاتحاد السوفيتى يختص بنظر ما يثور بين الأفراد وجهات الإدارة من منازعات ، وهذا يستتبع أن نعرض فى إيجاز إلى مصادر الشرعية فى الاتحاد السوفيتى .

٥١٣ — ونبادر إلى القول بأن النظام السوفيتى لا يعترف — كقاعدة عامة — بمصادر غير القانون المكتوب ، فهو لا يعترف بالقانون الطبيعى والعرف والعدالة إلا فى حدود ضيقة وفى إطار التشريعات القائمة . ومرد هذا أن النظام البلشفى ينهد إلى التجديد الشامل للمجتمع اقتصادياً واجتماعياً ، وهو أمر لا تقوى المصادر الأخرى للقانون على القيام به . وسيادة القانون المكتوب وهيمنته تؤدى إلى استبعاد الفقه والقضاء والعرف من مصادر القانون[1] . فالفقـــه تسيطر عليه الدولة وتوجهه بطريقة تضمن سيادة التشريع . والقضاء كذلك لا يقوى على منافسة التشريع ، فالسلطة القضائية لا تتمتع باستقلال ذاتى وإنما تخضع فيما تصدره من أحكام لأوامر وتوجيهات .

٥١٤ — وثمة أنواع متعددة من التشريعات : الدستور[2] ثم القوانين

(١) والقانون فى الاتحاد السوفيتى ليس شيئاً مقدساً فى ذاته ، وليس تعبيراً عن عدالة مثلى أو نظام طبيعى للأشياء ، وإنما هو أداة مسخرة لخدمة الأيديولوجية الماركسية ، بمعنى أنه وسيلة تستخدمها البروليتاريا لتحقيق البناء الاشتراكى وصولا للشيوعية الكاملة . فالقانون ذو صفة سياسية ، هو تعبير عن سياسة القادة السوفيت . وقد أكد لينين هذا المعنى بقوله « القانون هو إجراء سياسى ، إنه السياسة » . ونظراً لارتباط القانون بالدولة فى النظرية الماركسية ، يصعب الحديث عن قانون عرفى إلا إذا تبنته الدولة فعاقبت على مخالفة قاعدة عرفية . ولا شك أن القواعد العرفية ترجع فى روسيا إلى العهد الإقطاعى ، فمن غير المقبول أن تطبق فى ظل النظام الاشتراكى .

(٢) ودستور الاتحاد السوفيتى هو الصادر فى ٥ ديسمبر ١٩٣٦ — أنظر ترجمته الفرنسية ، مع تعديلاته حتى ١٩٥٢ فى : **David : Le droit soviétique. t. I—op.** =

التى يصدرها السوفيت الأعلى وفى القمة منها قوانين الخطة الخمسية وقوانين تنفيذها ، ثم المراسيم الصادرة من رياسة السوفيت وهى تستطيع تعديل هذه القوانين دون قيد ، ثم الأوامر والقرارات التى يصدرها مجلس الوزراء واللوائح[1] .

دور المحكمة العليا فى الاتحاد السوفيتى

٥١٥ — الدوائر المجتمعة بالمحكمة العليا للاتحاد السوفيتى لها أن تصدر توجيهات ملزمة للمحاكم . وهذه التوجيهات تنقسم إلى قسمين : الأول توجيهات مفسرة للقوانين القائمة وترمى بها المحكمة إلى إرشاد القضاة إلى التفسير الصحيح للقانون إذا وجدت أنه قد فسر على نحو خاطىء ، أو إلى بيان كيفية تفسير قانون بالقياس على قانون آخر . والثانى توجيهات تعدل بها المحكمة العليا القانون القائم أو تنشىء مبدأ قانونياً جديداً . وهذا النوع الثانى من التوجيهات من المصادر الهامة للتشريع فى الاتحاد السوفيتى[2] . وهذا الدور التشريعى الذى تقوم به المحكمة العليا لا تقوم به محكمة النقض عندنا أو فى الدول اللاتينية أو الأنجلو أمريكية . ومن ناحية أخرى ، فإنه من الناحية العملية يصبح الحكم الذى تصدره المحكمة العليا بمناسبة الطعن أمامها مؤثراً ليس فقط بالنسبة للقضية المعروضة ، بل أيضاً بالنسبة لجميع القضايا المماثلة فى المستقبل[3] .

= **cit. p.p. 329—361** وتقضى الفقرة ى من المادة ١٤ منه بأنه يدخل فى اختصاص الهيئات العليا فى الاتحاد السوفيتى « التشريع فى التنظيم القضائى والإجراءات القضائية . . » . وخصص الدستور الفصل التاسع منه للقضاء والنيابة العامة (المواد ١٠٢ — ١١٧) . ولكل جمهورية فى الاتحاد السوفيتى دستورها الخاص بها .

(١) وثمة قرارات وأوامر يصدرها مجلس وزراء الاتحاد أو مجلس وزراء الجمهورية وتسمى القرارات **postanovlenie** ويطلق على الأوامر اسم **rasporyajenie** . ولهذه القرارات والأوامر وفق نص المادة ٦٦ من الدستور الاتحادى مجال تشريعى واسع .

(٢) ويحدث تدخل الدوائر المجتمعة لإصدار هذه التوجيهات عادة بمناسبة الطعن فى حكم صادر من المحكمة الدنيا ، وإن كان يحدث فى أحيان كثيرة بناء على طلب من وزارة العدل أو من أية وزارة أخرى لتحديد كيفية تنفيذ قرار أصدرته المحكمة العليا — دفيد (ريفيه) ، المرجع السابق ص ٢٣٦ . هذا وللدوائر المجتمعة بالمحاكم العليا بجمهوريات الاتحاد سلطة إعطاء توجيهات تتعلق بتشريعات الجمهورية على النحو الذى تفعله الدوائر المجتمعة بالمحكمة العليا للاتحاد بالنسبة لتشريعات الاتحاد .

(٣) والمحكمة العليا فى الاتحاد السوفيتى وظيفة قضائية تقوم بها على صور مختلفة =

والمحكمة العليا للإتحاد السوفيتى هى أعلى محكمة به ، وتشكل – شأنها شأن سائر التشكيلات القضائية – من قضاة وقضاة شعبيين . ويختار قضاة المحكمة بواسطة مجلس السوفيت الأعلى لمدة خمس سنوات . بيد أن المحكمة لا تشكل من قضاتها المختارين على هذا النحو فحسب ، وإنما يعتبر من أعضائها كذلك رؤساء المحاكم العليا فى جمهوريات الإتحاد وذلك بحكم وظائفهم ، ex-officio وتؤدى هذه العضوية إلى تقوية الصلة بين المحكمة العليا للإتحاد والمحاكم العليا للجمهوريات ، وإلى توحيد الحلول القانونية فى جميع أنحاء الإتحاد . وتشرف المحكمة العليا للإتحاد على جميع المحاكم بالإتحاد السوفيتى (م ١٠٤ من دستور الإتحاد) ، ولكن ليس لها أى إشراف على هيئات التحكيم العام التى لا تعتبر – كما قدمنا – قضاء بمعنى الكلمة .

٥١٦ – وقد كان للمحكمة العليا عند إنشائها وفقاً للدستور السوفيتى عام ١٩٢٤ سلطة الرقابة على دستورية القرارات التى تصدرها مجالس السوفيت والحكومات فى جمهوريات الإتحاد ، ولكنها فقدت هذه السلطة بموجب دستور عام ١٩٣٦ وبقيت لها الوظيفتان الأساسيتان اللتان تكلمنا عنهما وهما الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية(١) .

– أهمها « طريق المراجعة » وهو طريق خاص لا يشبه إعادة النظر عندنا إذ لا يتقيد بأسباب خاصة ويكون طلبه من النائب العام للاتحاد السوفيتى أو من رئيس المحكمة العليا للاتحاد السوفيتى ، فلأيهما دون دون غيرهما أن يعرض أى حكم صدر من أية محكمة على المحكمة العليا للاتحاد طالباً مراجعته إذا ارتأى أن الحكم يخالف القانون ، وليس للخصوم الحق فى طلب مراجعة الحكم وإنما لهم تقديم ملتمس للمحكمة العليا لتقرر ما إذا كان ثمة وجه لإعادة فحص القضية . وحين تنعقد المحكمة العليا كمحكمة مراجعة أو طعن لا يكون للقضاة الشعبيين أن يجلسوا أعضاء فيها ، وإنما هم يشتركون فى نظر القضايا ذات الأهمية الاستثنائية التى تختص بنظرها المحكمة العليا ، سواء القضايا المدنية والجنائية ، إلى جانب القضاة المنتخبين ، شأنها فى ذلك شأن سائر التشكيلات القضائية .

(١) وفى الاتحاد السوفيتى توجد محاكم أول درجة ذات الاختصاص العام بالنسبة للقضايا المدنية والجنائية ، وتشكل من دائرة أو أكثر ، كل دائرة من قاض منتخب ومن قاضيين شعبيين ، ذلك أن التنظيم القضائى السوفيتى لا يعرف نظام القاضى الفرد . وهى لا تنعقد دائماً فى مقرها ، بل تعقد جلساتها فى القرى والمصانع والمزارع الجماعية حيث يكون الاهتمام بالقضية المعروضة ، وهو ما يؤدى – فى القضايا الجنائية – إلى جعل الأحكام الصادرة أكثر ردعاً .

–

تدرج القواعد القانونية

٥١٧ – لا يعترف النظام السوفيتى بفكرة الفصل بين السلطات وإنما يقوم على وحدتها . فالسلطة العليا يمارسها مجلس السوفيت الأعلى كما تمارسها رياسته فى فترات عدم انعقاده . ويترتب على وحدة السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية صعوبة ترتيب القواعد التى تصدر عن الجهات المختلفة ما دامت كلها تنبع من سلطة واحدة . وإذا قام تدرج فلا يبنى على فكرة حماية الحريات ، كما هو الحال فى نظام الفصل بين السلطات حيث تحد السلطةُ السلطةَ ، وإنما مبنى التدرج أهمية القاعدة القانونية والشكل الذى تصدر فيه . والحقيقة أنه فى ظل هذا النظام يصعب الحديث عن سمو قاعدة على أخرى نظراً للتفويضات المختلفة التى تتمتع بها بعض السلطات فى الخروج على القواعد الموضوعة من السلطات العليا ، بل لقد رأى البعض أن الدستور السوفيتى لا يمثل سمواً فى مراتب القواعد القانونية(١) .

الرقابة على الشرعية

٥١٨ – تسود الغاية الشيوعية كافة النظم وتعلو على القانون ، والحكم على مدى ملاءمة إجراء ما يكون للحكومة السوفيتية تحت رقابة مجالس السوفيت

– وتوجد فى جميع جمهوريات الاتحاد – باستثناء بعض الجمهوريات الصغيرة كجمهوريتى أرمينيا وأستونيا – المحاكم الإقليمية ومحاكم المحافظات ، وتشكل المحكمة من قضاة يختارون بواسطة مجلس السوفيت من الحاصلين على شهادة قانونية عالية للإقليم أو المحافظة لمدة خمس سنوات (م ١٠٨ من دستور الاتحاد) ومن قضاة شعبيين . وهى تقوم بوظيفتها القضائية على وجهين : الأول كمحكمة نقض وهذه هى وظيفتها الأساسية ، وتنظر الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الشعبية ، وفى هذه الحالة تشكل من ثلاثة قضاة دون اشتراك قضاة شعبيين . والثانية : كمحكمة أول درجة وذلك فى القضايا المدنية فى حالات محددة وفى الدعاوى التى ترى هى نظرها لأهميتها ، وفى هذه الحالة تشكل من قاض ومن قاضيين شعبيين .

وإلى جانب المحاكم العادية ، توجد محاكم خاصة تختص ببعض الجرائم أشار إليها الدستور السوفيتى فى المادة ١٠٢ وهى ثلاث : محاكم النقل بالسكة الحديد ومحاكم النقل المائى والمحاكم العسكرية وهى محاكم القوات المسلحة السوفيتية ويقوم اختصاصها أحياناً على معيار شخصى (الجرائم التى يرتكبها أفراد القوات المسلحة) وأحياناً على معيار موضوعى (بعض الجرائم ولو ارتكبها مدنى مثل الجاسوسية والخيانة . . الخ) . أنظر فتحى والى ، المرجع السابق ص ٦٢ – ٦٨ .

(١) دكتور محمد مصفور ، مذاهب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع ص ٣٧١ .

الأعلى ورياسته[1] . ولا يدخل فى اختصاص القضاء أن يحكم بعدم مشروعية أى إجراء يتخذه مجلس السوفيت مهما بلغت جسامة مخالفته للشرعية[2] ، فالقادة هم الذين يحتكرون وضع السياسة العامة ، وهم الذين يقدرون دون معقب عليهم مصالح الطبقة العاملة ومستلزمات البناء الاشتراكى ، فإذا اقتضت هذه السياسة العليا أمراً فلا يمكن معارضته بحجة مخالفته لأى قاعدة قانونية ولو تضمنها الدستور[3] . فالقاعدة العامة أنه ليست للقضاء سلطة الرقابة على أعمال الإدارة لأنه لا يتمتع باستقلال ذاتى يرفعه إلى مرتبة سلطات الدولة . فهو لا يستطيع إلغاء الأعمال الإدارية غير المشروعة ، وإنما كل ما يملكه هو توقيع الجزاءات الصارمة على الموظفين الخارجين على القانون ، حماية لنظم الدولة وأموالها .

والمدعى العام ، وفقاً للدستور ، هو صاحب السلطة العليا فى الرقابة القانونية ، ويمارس اختصاصه فى كل الدعاوى على الإدارة والقضاء والأشخاص المعنوية العامة ، بل وعلى المواطنين ؛ ولكن لا تمتد رقابته إلى القرارت الصادرة من مجلس الوزراء إذ يختص بها مجلس السوفيت الأعلى ورياسته فى فترات عدم انعقاده[4] .

ويقوم المدعى العام **prokuratoura** ومكتبه برقابة شرعية الأعمال الصادرة من الإدارة بواسطة اعتراض يقدم خلال مدة معينة للجهة مصدرة القرار ، التى تقوم بفحص الاعتراض والفصل فيه ، فإذا لم تر وجهاً لهذا الاعتراض ، طرحته على الجهة الرياسية لها ، ثم يظل يتدرج حتى يصل إلى مجلس الوزراء . ويراقب المدعى العام كذلك السلطة القضائية ، ولكنه لا يتخذ

---

(١) دكتور مصطفى كمال وصفى ، المشروعية فى الدولة الاشتراكية ، مقال منشور بمجلة العلوم الإدارية ، العدد الثالث ١٩٦٦ ص ٣٤ .

(٢) وسنتكلم عن الشرعية الاشتراكية حالا أما الشرعية فى الفكر الاشتراكى العربى فهى موضوع المبحث الثالث .

(٣) دكتور عبد الحميد حشيش ، مذكرات لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧١ فى « مبادىء القضاء الإدارى » ص ٧٤ .

(٤) سبق أن ذكرنا أن رقابة التحكيم تمارسها هيئة التحكيم **Gosarbitray** ، وهى تختص بالمنازعات الناشئة بين أجهزة الدولة ومشروعاتها المختلفة فى المجال الاقتصادى .

بنفسه قراراً فى جميع الأحوال ، وإنما يعرض الأمر على السلطات المختصة[1] .

الشرعية فى الفكر الاشتراكى[2]

٥٩١ – عند ما كتب لينين يقول « نحن لم نعد نعرف بعد قانوناً خاصاً ،

---

(١) أنظر **Henri Chambre, Le Pouvoir Soviétique, Introduction à l'étude de ses Institutions .**
مشار إليه بهامش المرجع السابق ص ٧٩ .

(٢) ترتبط فكرة « القانون » و « الدولة » ارتباطاً وثيقاً بالفلسفة الماركسية ، وتجد أساسها بصفة خاصة فى المادية التاريخية عماد الماركسية . فالقانون ليس عاملا قاعدياً أو اجتماعياً حقيقياً له ذاتيته المستقلة ، بل هو عامل مشتق من نظام الإنتاج ، وفى هذا يقول ماركس « الروابط القانونية مثل أشكال الدولة لا يمكن تفسيرها فى حد ذاتها ، أو فى النمو العالمى المدعى به لضمير الإنسانى ، وإنما لها جذورها فى ظروف الحياة المادية ، ويجب أن تبحث من تحليل المجتمع المادى فى الاقتصاد السياسى » . وهذه العبارة تعد أحد تطبيقات فكرة الأساس **Infrastructure** والبناء الفوقى **Superstructure** . فأساس كل مجتمع هو نظام الإنتاج الذى يتكون من قوى الإنتاج (وسائل الإنتاج + الأفراد) ، وعلاقات الإنتاج المترتبة على هذه القوى . ويشمل البناء العلوى كافة الأفكار والنظريات السائدة فى المجتمع ، فضلا عن النظم المقابلة لها مثل الدولة والقانون والأحزاب السياسية . ويقوم البناء العلوى – ومن مشتملاته القانون – على الأساس الاقتصادى ويتحدد به فى تكوينه وتشكيله ويتأثر به فى تغيره وتطوره . فإذا كان نظام الإنتاج قائماً على الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج ، فإن العلاقات الاجتماعية المتولدة عنها ستكون علاقات خضوع وسيطرة واستغلال وعدم مساواة وهذا يؤدى إلى ميلاد القاعدة القانونية ونظام الدولة ، كانعكاس وترجمة قانونية للأساس الاقتصادى . فقواعد القانون هى أوامر موجهة من قلة قوية اقتصادياً واجتماعياً لأغلبية كبيرة العدد أضعف منها اقتصادياً واجتماعياً . والدولة هى جهاز تحكم وإكراه موجه من القلة المسيطرة ضد الكثرة الضعيفة ، فهما تعبيران عن القوة الاقتصادية للآمرين والضعف الاقتصادى للخاضعين – **La philosophie du droit en U. R. S. S.** لمؤلفه **K. Stoyanovitch** مشار إليه بهامش ص ٧٢ من المرجع السابق الدكتور عبد الحميد حشيش .

وبعد نجاح الثورة البروليتارية وقيام نظام الإنتاج على أساس الملكية العامة لوسائله ، فإن الروابط الاجتماعية تصبح روابط مساواة فى الظروف بين الأفراد تستبعد كل نوع من أنواع الاستغلال . فى هذا النوع من المجتمعات تفقد القاعدة القانونية مقومات وجودها بحسبانها وسيلة لسيطرة الطبقة المستغلة اقتصادياً على سائر الطبقات الكادحة . كما أن الدولة وهى أداة إكراه وقهر سوف تتلاشى كذلك . ويبين فردريك انجلز هذه الفكرة بقوله « إن الطبقات ستختفى بنفس الحتمية التى ظهرت بها ومع اختفاء الطبقات ستختفى الدولة حتماً . إن المجتمع الذى سيعيد تنظيم الإنتاج على أساس المشاركة الحرة والمتساوية بين المنتجين سيرى بكل آلة الدولة إلى المكان الذى سيكون إليه مآلها ، إلى متحف الآثار القديمة إلى جانب المغزل والفأس البرونزى » – راتكوفيش ويوبوفتش وباسيتش بتشوليتش ، الاشتراكية والدولة أو دور =

وإنما غدا القانون كله عاماً » ، فإنه كان يقصد بذلك أن القانون السوفيتى يهدف إلى إنشاء نظام اجتماعى جديد ، وأن أى انتهاك للقانون يمس ، بغض النظر عمن يكون ضحيته المباشرة ، السلطات العامة والدولة .

وإذا كانت الشرعية الحقة تجد تبريرها فى الاشتراكية ، فإنها تجد فيها كذلك تقييدها . ففى نظام اشتراكى لا بد وأن يخضع القانون لسياسة إنشاء الإشتراكية وتدعيمها . ويرتب الفقه السوفيتى على ذلك ما يراه أمراً طبيعياً هو أنه لا يجوز أن يجعل من القانون سحراً وإنما قيمة القانون فحسب هى قيمته بوصفه قانوناً اشتراكياً ، لأنه عندئذ يستخدم من أجل مصالح الدولة الإشتراكية ، وهو تبعاً لذلك يخضع لهذه المصالح التى يوكل تقديرها المطلق لأعلى سلطة فى الإتحاد السوفيتى ، وهى مجلس السوفيت الأعلى . فيجب على المواطنين السوفيت أن يطيعوا القوانين السوفيتية لأنها عادلة ، وهى عادلة لأن الدولة الإشتراكية موجودة لمصلحة الجميع لا لمصلحة طبقة ممتازة ؛ ولهذا السبب قيل إن عدم مراعاة القانون فى الإتحاد السوفيتى لا يعتبر ماساً بمصالح شخص ما أو آخر أو حتى امتهاناً للقاعدة الخلقية ، وإنما هو تهديد لنجاح سياسة الموجهين .

٥٢٠ — وفى مقابل هذا الخضوع الكامل من جانب المواطنين للقوانين ، ترخص كامل من جانب سلطة الحكم حيال هذه القوانين ، ذلك أن عبارة مبدأ الشرعية الإشتراكية تعبر عن هذا الخضوع من جانب القانون لسياسة

= العنف فى التاريخ ، تعريب جورج طرابيشى ، دار الطليعة بيروت ١٩٦٥ ص ٦ .

بيد أن هذا النوع من المجتمعات الذى تختفى فيه القاعدة القانونية وتتلاشى الدولة لن يتحقق إلا فى المرحلة العليا من الشيوعية عند قيام الثورة الشيوعية العالمية ، وحتى يتحقق هذا الأمل فإن الدولة القائمة على دكتاتورية البروليتاريا لا بد أن يقوى ويستمر تدعيمها حتى تستطيع القيام بمهامها الجسام ، وكذلك فإن القانون يستمر فى الحياة وإن تغير جوهره ومضمونه عن صنوه فى الدول الرأسمالية لاختلاف الأساس الاقتصادى فى النظامين . حقيقة سيظل القانون — كشأنه دائماً — تعبيراً عن مصالح الطبقة المسيطرة أى مصلحة البروليتاريا ، وإنما مصلحة البروليتاريا بسبب عالميتها وكثرتها ستكون قريبة من مصلحة المجتمع برمته — عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٧١ — ٧٢ . وانظر René David فى مقاله Garanties des libertés individuelles et contrôle de légalité des actes administratifs dans L'U.R.S.S.

مجلة مجلس الدولة الفرنسى ١٩٥٣ ص ١٤٠ .

إنشاء الإشتراكية ، فلا قيمة للقانون ، بل ولا طاعة له ، إلا بوصفه قانوناً إشتراكياً ، لأنه عندئذ يستخدم من أجل مصالح الدولة الإشتراكية ، وهو تبعاً لذلك يخضع لهذه المصالح التى يوكل تقديرها المطلق لأعلى سلطة فى الإتحاد السوفيتى وهى مجلس السوفيت الأعلى .

وهكذا فإن وصف « الإشتراكية » الذى يقرن « بالشرعية » فى الشرعية الإشتراكية يعنى أمرين متباعدين فى نتيجتهما تبعاً لما إذا كان موجهاً إلى المحكومين أو الحكام : فهو يعنى ضرورة خضوع الجميع للقوانين السوفيتية ، لأن هذه القوانين هى قوانين دولة اشتراكية ، وبالتالى مطابقة لمصلحة الجماعة بأسرها .

وهو يعنى فى نفس الوقت تحالل السلطة العليا فى الدولة من هذا القانون حسب تقديرها ، لأن القانون يخضع حتماً لسياسة إنشاء الإشتراكية ، وأنه لذلك لا قيمة له فى ذاته ، ولا يجب أن يتعبد أو يؤله .

وقد أشار الأستاذ « رينيه دافيد » (١) إلى ما واجه النظام السوفيتى من صعوبات فى سبيل التوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين ، وهو يقول إنه كان من الضرورى أن يمضى بعض الوقت حتى يستطيع الفقه السوفيتى أن يحل التناقض الكامن فى هاتين الفكرتين : أولاهما فكرة قانون يجب الخضوع له لأنه قانون عادل مقدماً . وثانيتهما هى فكرة قانون لا يستأهل سوى احترام مشروط ، يخضع لظروف يخدم فيها مصالح السياسة الإشتراكية .

٥٢١ — وفيما يتعلق بالحكام أنفسهم فإن الضعف يتهدد مبدأ الشرعية نفسه بسبب واقعة إعلان خضوع القانون للمصالح الاقتصادية والسياسية . فأمثال هذه العبارات تمس ، كأمر لا محيص عنه ، باحترام القانون الذى يكف عن أن يكون قيمة مطلقة . وإنه وإن كان مبدأ الشرعية معلناً اليوم ويسود الاتحاد السوفيتى دون منازعة ، إلا أنه لا يجوز إغفال أن هذا المبدأ ، كما هو الشأن بالنسبة لتكوين الدولة الإشتراكية ذاتها ، لا يرتبط فى هذه الدولة إلا بضرورات فترة الانتقال . فالغاية منه هى إقامة مجتمع شيوعى لن تكون فيه دولة أو قانون ، وتبعاً لذلك لن يكون فيه مبدأ للشرعية .

(١) David (René) فى مؤلفه « النظم القانونية الكبرى المعاصرة » ص ١٨٨—١٩٤ .

٥٢٢ – هذا وقد أثرت الأسس الإيديولوجية للنظام السياسي السوفيتي ، المستمدة بدون شك من الماركسية اللينينية ، في نظامه القانوني ، فظهرت فيه اتجاهات أخطرها تقبّل مبدأ القياس في تفسير القوانين الجنائية ، وهو مبدأ يصعب المواءمة بينه وبين مبادئ استقرار القانون . كما أن أخطر الأسس الإيديولوجية آثاراً في تقويض مبدأ « سيادة القانون » هي فكرة العنف والثورة ، فليس يخفى أن النظام القانوني السوفيتي ، والنظم القانونية الإشتراكية عموماً ، نظم ذات طبيعة ثورية ، ولذلك كان أساس القانون السوفيتي العنف بل والثورة التي لا مناص من قيامها لإعادة إنشاء نظام قانوني جديد ، إذ تتغلغل فكرة الثورة في كيان كافة النظم السياسية والقانونية التي يتكون من مجموعها نظام الحكم السوفيتي ، فمن الطبيعي أن تخلع عليها طابعها المميز ، ومن أهم آثار الثورة هو نشوء قانون جديد يقوم على أنقاض قانون قديم ، وإذ كانت الشرعية الإشتراكية شرعية ثورية ، وكانت الشرعية الثورية ، في مفهوم السوفيت ، غير منفصلة عن الإشتراكية ، فإنه لا يكون هناك فارق كبير بين التعبيرين لأنهما يؤكدان أمرين أساسيين :

أولهما : تأكيد تسخير النظام القانوني للأهداف السياسية الإشتراكية .

وثانيهما : وهو نتيجة حتمية للأمر الأول ، تأكيد الطبيعة المتغيرة دائماً لنظام قانوني مسخّر للسياسة .

ولهذا فإنه لا يكون من المبالغة أن يقال إن « الشرعية الإشتراكية » تظل أقرب إلى أن تكون شعاراً سياسياً غير محدد ، من أن تكون مبدأ سليماً لإرشاد المحاكم والهيئات القانونية ، ذلك أنها لم تتطلب أبداً مساءلة لشرعية أو عدالة القانون الذي يصدر ، وإنما رعاية مخلصة للتشريع الصادر[1].

(١) محمد عصفور ، المرجع السابق ص ٤٠ و ٤١ .

ونحن نرى أن مفهوم الشرعية الاشتراكية في النظام السوفيتي لايرتبط حتما بالاشتراكية ، وأنه وليد الظروف التاريخية للمجتمع السوفيتي والثورة البلشفية وله جذوره العميقة في العقيدة الماركسية ، وتقاليدنا وتراثنا وقيمنا وأدياننا ونظمنا القانونية تأبى الأخذ بهذا المفهوم : فقد انعكست تقاليد روسيا القيصرية على كثير من نظمها القانونية والسياسية الحديثة ، ذلك أنها وقد ظلت ترزح قروناً طويلة تحت نير القياصرة ولم تعرف في تاريخها فكرة الحقوق الفردية والمذهب الحر ، كانت تمهد دائماً إلى حكومة دكتاتورية مطلقة تسعى إلى تحقيق العدالة وتكون ملكة –

٥٢٣ – والنظم الشرقية عموماً في استخدامها لتعبير الشرعية الإشتراكية لا تقصد بدورها الفصل بين هذه الشرعية وبين « الثورية » ، أي التغيير الثوري لأسس المجتمع وتوجيهه نحو الشيوعية ، ولهذا يستخدم التعبيران بالتناوب دون أي تفريق بينهما .

٥٢٤ – فالماركسية تذيب شخصية الفرد في طبقته ، وهي أبداً على حرب مطلقة à outrance وتعبئة للحرب سواء حكمها غيرها أو حكمت هي غيرها من الفرق والطبقات على حد تعبيرها ، وهي لذلك تأخذ أنصارها وأعداءها بسنن الحرب فلا حرية للأنصار وإنما نظام تام وطاعة مطلقة ، ولا راحة للأعداء وإنما تصفية كاملة واستئصال لا هوادة فيه . لا مجال في المجتمع الماركسي لحرية الرأي إنما يجب أن يحرص الماركسيون في المجتمع الديمقراطي على المطالبة بحرية الرأي والانتفاع بها كوسيلة لا غنى عنها لنشر الدعوة . لا مجال في الماركسية لحرية الرأي أولا لأنها ذات طابع اعتقادي لا تسمح بالمناقشة في أسسها ، وثانياً لأنها تستلزم وتستهدف إيجاد دولة مطلقة السلطات ديكتاتورية التصرف في رعاياها يذوب فيها صوت الفرد وشخصه في دعوى مصلحة الطبقة العاملة وسلطان الطبقة العاملة ، ولا تسمح بقيام معارضه أو

= الله في أرضه . وقد قامت الثورة البلشفية في مجتمع متخلف يسعى لبناء الاشتراكية معتمداً على موارده الخاصة ومحاطاً بسوار من الدول الرأسمالية المعادية التي تتحين الفرص للانقضاض عليه ، فكان من اللازم لتحقيق أهدافه فرض نظام صارم للسلطة ، وبداهة فإن هذه الظروف لا تحيط بالضرورة بكل بناء للإشتراكية في دولة أخرى . هذا فضلا عن أن الماركسية تقوم على أساس أنه لا يمكن الوصول للمرحلة العليا الشيوعية إلا بالمرور بمرحلة استبدادية تتركز فيها السلطة في يد طليعة الطبقة العاملة ، وهي مرحلة دكتاتورية البروليتاريا ، كما أن الحرية التي تنشد الوصول إليها ليست هي حرية اليوم وإنما حرية الغد مما يمكن معه التغاضي مؤقتاً عن حريات الفرد وحقوقه خلال هذه المرحلة المؤقتة . ودكتاتورية البروليتاريا سلطة ثورية تمارس الاستبداد ضد خصومها وتعتبر القانون مجرد وسيلة في الصراع الطبقي ، وما على القاضي إلا أن يكون أداة لقمع أي انحراف وإخلال بالسلطة ، وبذلك وقع الخلط بين الشرعية الاشتراكية والشرعية الثورية . وفي هذا يقول ستالين « إن من الخطأ البالغ أن يقال إن الشرعية الاشتراكية لوقتنا الحاضر لا تختلف عن شرعية السياسة الاقتصادية الجديدة الأولى . . . والشرعية الثورية في زماننا مختلفة تماماً . . فهي موجهة ضد اللصوص والتخريب وضد المستغلين للملكية العامة . إن المهمة الرئيسية للشرعية الثورية الآن هي أساساً الملكية العامة ولا شيء آخر » أنظر محمد عصفور ، المرجع السابق ص ٤٠ – عبد الحميد حشيش ، الماركسية والثورة البلشفية ١٩٦٨ ص ٣٧٤ .

رأى عام معارض ولا بقيام أحزاب إلا حزب واحد هو الحزب الشيوعى ؟ وثالثاً : لأن من عقائدها الحكم القطعى على طوائف من الناس بألا حق لها فى الوجود وعلى طوائف من العقائد والآراء بألا حق لها فى البقاء فضلاعن الإذاعة أو الإعراب عن نفسها[1] .

٥٢٥ ــ وقد تقــدم أن الماركسيين يسمون دولتهم تارة ديكتاتورية العمال[2] وتارة الدولة الشعبية الحرة . وقد فسر إنجلز ، حوارىّ ماركس ، معنى كلمة حرة بأنها الدولة الحرة من كل قيد قبل رعاياها ، المطلقة السلطة

(١) وقد صادفت الماركسية ما صادفته الحركات المماثلة ذات الخصائص الدينية من الانقسام الفرق على تفسير النصوص وبخاصة ما نقل عن ماركس وانجلز ، وشجر بين هذه الفرق من العداوة والبغضاء ما يعرف مثله بين الفرق الدينية فإنها لتقسو على مخالفيها فى المذهب أكثر من قسوتها على الأجانب . ويقترب جداً من الماركسية ، النقابية الثورية وينضوى تحت رايتها معظم عمال فرنسا غير الماركسيين فهى قريبة الرحم جدا من البلشفية من جهة الأهداف والوسائل وإن كانت تختلف عنها من جهة الأساس الفلسفى . وهى تستوجب أن تكون النقابة أداة هدم الجماعة الرأسمالية لكى تحل محلها الإشتراكية الكاملة ، وألا تحصر النقابة نشاطها فى دائرة المصالح المهنية بل يجب أن تهتم بالسلطان السياسى لأنه مستقر السيادة الفعلية أو أن تحقق سلطانها لا عن طريق البرلمان كما تفعل الأحزاب الاشتراكية ، بل عن طريق الإضراب العام والثورة . وهى تعتبر الحريات الديمقراطية من العقائد البائدة . وهذا النوع من النقابية يتعارض مع الديمقراطية تعارضاً أساسياً كما قال برتلمى لأنه يعتبر الدولة مجرد تطور اقتصادى اجتماعى لا دخل فيه للحرية ولا ينظر فيه إلى حرية الأفراد السياسية ولأنه يميز العمال بالسلطة كلها أو بالجانب الأكبر منها ، ولأنه حين يمنح العامل ما يمنحه من السيادة أو السلطة التى يدعيها ، لا يمنحها له باعتباره فرداً أو إنساناً وإنما باعتباره عضواً فى النقابة — برتلمى ودويز ص ٢٧٤ — ٢٧٨ — كيت ج ٢ ص ٤١٦ — برودون ، الأهلية السياسية للطبقات العمال ص ١٥٣ . ومن أشهر دعاة النقابية الثورية سوريل ، وهو شديد الإيمان بتحقيق الثورة عن طريق الإضراب العام الذى يعطل كافة مرافق الحياة فى المجتمع وقد جعله أساساً لنظريته فى الأسطورة الاجتماعية الدافعة التى شرحها فى كتابه « تأملات فى العنف « Réflexions sur la violence ».

(٢) فى هذا المعنى يقول ماركس فى خطاب له عام ١٨٥٢ « أنا لم أكتشف حرب الطبقات ولا تماديها فيما بينها بل لقد كشف ذلك ونبه إليه غيرى من أصحاب علم الاجتماع وعلم الاقتصاد والمؤرخون ، وإنما كنت أول من لفت الناس إلى أن وجود الطبقات متصل بتاريخ الإنتاج وأن حرب الطبقات مؤدية حتماً إلى دكتاتورية العمال وأن هذه الدكتاتورية ليست إلا مرحلة انتقال لإلغاء الطبقات والوصول إلى مجتمع لا طبقات فيه — كتاب لينين الدولة والثورة ص ٣٦ .

فى شأنهم despotique لا الدولة التى رعاياها أحرار[1] . وهم يقولون إن هذه الدولة الديكتاتورية المطلقة السلطة ضرورة لا غنى عنها لتحقيق الثورة وتثبيتها والقضاء على الطبقات التى تناهض العمال وعلى العناصر والعقبات التى يمكن أن تعوق أو تهدد وجود النظام الجديد أو بقاءه أو نماءه[2] . فهم يؤمنون بقدرة الدولة الخارقة على تحقيق أمانيهم وخلق المجتمع الذى يحلمون به وإن كانوا يتشوقون إلى اليوم الذى يتخلصون فيه منها[3] .

(١) من خطاب لانجلز كان قد أرسله لبيبل فى مارس ١٨٧٥ : L'Etat populaire est devenu un Etat libre. D'aprés le sens grammatical de ces termes, un Etat libre est un Etat qui est libre à l'égard de ses citoyens, c'est à dire un Etat à gouvernement despotique.

كتاب لينين ، المرجع السابق ص ٦٢ .

(٢) كتاب لينين ، المرجع السابق ص ٥٩ و ٧٢ و ٧٩ وقد أورد قول ماركس « بين المجتمع الرأسمالى والمجتمع الشيوعى توجد فترة انتقال ثورية يقابلها فترة انتقال سياسية لا تكون فيها للدولة شيئاً إلا الديكتاتورية الثورية للعمال » .

(٣) ويلاحظ أن الماركسيين والفوضويين يشتركون فى تصور إلغاء الدولة وإن كان الفارق بينهم كبير لأن الفوضويين يطلبون إلغاءها حالا وفوراً والماركسيين لا يرجون إلغاءها إلا بعد تحقق الثورة والقضاء على كافة العناصر التى تقاومها . والماركسية فيها كثير من خصائص الحركات الدينية ، ومن ذلك أن الماركسيين يعتقدون أن المجتمع الماركسى هو خاتمة المجتمعات ونهاية التطور وكماله ، وأن التناقض الملازم لكل مجتمع لن يلازم مجتمعهم أو بعبارة أخرى أن عقيدتهم هى أكمل العقائد وأفضلها وهى صحيحة صحة علمية فى الحال وفى المآل أى فى كل زمان ومكان . بيد أن المادية الماركسية تطرح قواعد الأخلاق المتعارفة من الإيثار والقناعة والمروءة وكف الأذى وصلة الرحم إلى غير ذلك — تطرحها لأنها فى نظرها ترجع من بعيد أو قريب إلى أصل دينى أو روحى ، والماركسية لا تعترف إلا بما هو بشرى ، ثم لأنها — أى قواعد الأخلاق — تخفى الصراع الدائر بين طبقات المجتمع ، وأخيراً لأنها وسيلة فعالة لازمة لاحتفاظ طبقة بسيطرتها على باقى طبقات المجتمع ، والمجتمع الماركسى مجتمع يؤمل أصحابه أن يكون خالياً من الطبقات فلا حاجة به إلى مثل هذه القواعد — يراجع البيان الشيوعى لماركس وخطاب لينين فى الشبيبة الشيوعية فى ٢ أكتوبر ١٩٢٠ وجاء فيه « إننا نرفض هذا النوع من الأخلاق التى ترجع إلى مصدر أجنبى عن الطبقات الاجتماعية . فهى ليست إلا أكاذيب وخداع تحشى بها رؤوس الفلاحين والعمال فى مصلحة الملاك وأصحاب الأموال ، إن أخلاقنا تابعة تبعية مطلقة للصراع الطبقى الذى تقوم به البرولتاريا — أنظر روجيه جارودى ، الشيوعية والأخلاق ص ١١٨ .

المبحث الثانى

الشرعية فى الفكر الغربى[1]

٥٢٦ – لهذا المبدأ أكثر من معنى فى النظم الديمقراطية الغربية ، فسيادة القانون فى النظام الإنجليزى Rule of law تعنى سيادة البرلمان بحسبانه الجهة التشريعية المنتخبة من الشعب ، كما تعنى سيادة القانون غير المكتوب (القضائى) وما يصطلح على تسميته Common Law أو الشريعة العامة ، وهذا يعنى أن سيادة القانون بمعناها الخاص Rule of law تعبر عن نظام قانونى بذاته هو النظام الأنجلو سكسونى .

والحكومة فى ظل القانون Government under law تعبر عن نظام دستورى متميز حتى داخل المجموعة الأنجلو سكسونية ، فهى تعنى فى النظام الأمريكى شيئاً يختلف تماماً عما تعنيه فى النظام الإنجليزى ، حيث تصور الحقوق الدستورية ، التى تحميها التعديلات الدستورية Amendments ، حقوقاً جوهرية تقيّد سلطات الدولة كافة ولا سيا المشرع ، وترعاها محكمة دستورية تستطيع ألا تطبق أى قانون يخالف الدستور .

٥٢٧ – والدولة القانونية Rechtsstaat تعبر عن فكر قانونى آخر هو الفكر الألمانى الذى أقام صورة خاصة من صور الدولة على أساس من القانون ، وأراد به معارضة الدولة البوليسية .

٥٢٨ – والشرعية Légalité تعبر عن نظام فرنسى بحت[2] يفرض حكم القانون فى العلاقات التى تقوم بين الأفراد والإدارة ولا يفرض الدستور على القانون ، فالتشريع هو مصدر الشرعية كلها وليس هناك قيد على سلطة الهيئة التشريعية فيا عدا ما تقرره اللجنة الدستورية التى زاد بروزها

(١) للدراسة المفصلة راجع محمد عصفور ، سيادة القانون ١٩٦٧ – طبيعة الحرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ١٩٦٣ . وبالفرنسية Georges Vedel, La soumission de l'administration à la loi القاهرة ١٩٥٢ .

(٢) يعرف الأستاذان بارتيلمى ودويز فكرة الشرعية فى دولة القانون بأنها « حكم القانون » وإعلان سيادة القانون ، ونبذ التحكم ورفض مبدأ تحلل السلطة من حكم القانون .

فى دستور سنة ١٩٥٨ ، وإن كان هناك من الفقه من ينادى بشرعية دستورية بل وبشرعية فوق دستورية .

٥٢٩ – وقد انتهت اللجنة الدولية لرجال القانون إلى قرارات اتخذتها فى مؤتمر « نيودلهى » يمكن تلخيصها فيما يلى : ١ – إن حقوق الإنسان[1]

(١) كانت الجمعية العمومية للأمم المتحدة قد وافقت فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ على الإعلان العالمى لحقوق الإنسان وقد جاء فى صدره « لما كان الاعتراف بكرامة الآدميين كآدميين وبحقوقهم المتساوية بينهم والتى لا يجوز التنازل عنها هو الدعامة التى تقوم عليها الحرية والعدالة والسلم فى العالم ، وكان إنكار حقوق الإنسان واحتقارها قد أدى إلى وقوع أفعال وحشية يثور لها ضمير الإنسانية ، وكان من أسمى أمانى البشر أن يصيروا إلى عالم يكون فيه البشر أحراراً فيما يقولون وما يعتقدون آمنين من الخوف ومن الفاقه ، وكان من الضرورى كفالة حقوق الإنسان بنظام قانونى حتى لا يلجأ الناس إلى الثورة كوسيلة أخيرة لمقاومة الطغيان والظلم . وكانت الأمم المشتركة فى الهيئة قد تعهدت بالتعاون مع هيئة الأمم على ضمان الاحترام العالمى والفعلى لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، وكان تنفيذ هذا التعهد يتوقف على تحديد مفهوم واحد مشترك لهذه الحقوق والحريات فإن الجمعية العمومية تعلن ما يأتى :

« إعلان الحقوق الآتى نصه هو المثل الأعلى المشترك الذى تهدف للوصول إليه كل الشعوب والأمم . . . مادة ١ – كل البشر يولدون أحراراً متساوين فى الحقوق والكرامة حباهم الله بالعقل والضمير وينبغى أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الأخوة . مادة ٢ – (أ) لكل إنسان أن يستعمل الحقوق والحريات المنصوص عليها فى هذا الإعلان بغير تمييز فى ذلك بسبب الجنس أو اللون أو الذكورة أو الأنوثة أو اللغة أو الدين أو الرأى السياسى أو أى رأى آخر يرجع إلى أساس قومى أو اجتماعى أو بسبب الثروة أو الجاه أو أى موقف أو ظرف آخر . (ب) كذلك لا تمييز بسبب المركز القانونى أو الإدارى أو الدولى للبلد أو الإقليم سواء أكان الإقليم مستقلا أو تحت الوصاية أو غير مستقل أو خاضعاً من حيث السيادة لأى قيد من القيود . مادة ٣ – لكل فرد الحق فى الحياة والحرية والأمن على شخصه . مادة ١٨ – لكل فرد الحق فى حرية الفكر والضمير والاعتقاد ، وهذا الحق يتضمن الحق فى تغيير الدين أو العقيدة والحق فى إظهار دينه أو عقيدته منفرداً أو بالاشتراك مع غيره علناً أو فى غير علانية سواء بالعبادة أو بالتعليم . مادة ١٩ – لكل فرد الحق فى حرية الرأى والتعبير عنه ، وهذا الحق يتضمن الحق فى ألا يزعج بسبب آرائه والحق فى البحث عن الأنباء والآراء ومعرفتها ونشرها بكل وسائل النشر بغير تقيد بحدود الإقليم . . . » .

هذا ولم يكن يعلم الناس أن من يعصف بحرية الفرد فى بلده قد يعصف بحرية الشعوب فى العالم كله إذا تهيأت له الظروف والوسائل ، وأن قضية الحرية لا تتجزأ فى الداخل أو الخارج ، وسواء أكان طرفها فرداً واحداً أو أمة أو أمماً – حتى وقعت الحرب العالمية الأخيرة فدفعتهم الفاجعة إلى تعرف الأسباب والعلل فوجدوا فى صدورها التفريط فى الحريات وفقهوا أن سلام العالم يقوم على أكتاف الحرية الفردية ، وقد سجل أغلب أمم العالم هذه –

قيد على سلطة الدولة ، غير أن هذه الحقوق لا تنحصر فى نطاق سياسى أو قانونى بحت ، وإنما تمت التزامات إيجابية على المشرع ، من أهمها تأكيد كرامة الإنسان اقتصادياً واجتماعياً . ٢ — إن خضوع المشرع لمبدأ سيادة القانون يوجب وضع حدود منضبطة للعمل التشريعى . ٣ — إن القرارات الإدارية هى التى تشكل الجانب الأكبر من تصرفات السلطة العامة التى تتدخل بها فى شئون الأفراد ، ولهذا السبب يجب أن تكفل رقابة قضائية جوهرية على تصرفات الإدارة وقراراتها . ٤ — إنه لا جدوى من إعلان مبدأ سيادة القانون وتأكيده فى مجالى التشريع والإدارة إذا لم تكفل حماية واقعية

= الحقيقة فى صدر ميثاق الأمم المتحدة المعقود فى ٢٦ يولية ١٩٤٥ بهذه العبارات « نحن شعوب الأمم المتحدة — وقد عقدنا العزم على أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب التى فى خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزاناً يعجز عنها الوصف ، وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الإنسانية وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية وأن نبين الأحوال التى يمكن فى ظلها تحقيق العدالة واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولى وأن ندفع بالرقى الاجتماعى قدماً وأن نرفع مستوى الحياة فى جو من الحرية أفسح . ولندرك هذه الأغراض قد اعتزمنا أن نأخذ أنفسنا بالتسامح وأن نعيش معاً فى سلام . . . » . ونصت المادة ٥٥ من هذا الميثاق على أنه « رغبة فى تهيئة شروط الاستقرار والرفاهية الضرورية لقيام علاقات سلمية ودية بين الأمم تعمل الأمم المتحـــدة . . على أن يشيع فى العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلا » . ولعل من المفيد هنا أن أشير إلى أن تشرشل كان قد أعلن عام ١٩٤٤ من روما إلى الشعب الإيطالى وإلى شعوب العالم المبادىء التى من أجلها تحارب بريطانيا وقد لخصها فى نقط سبع أو أسئلة سبعة كلها متعلقة بكفالة الحرية باعتبار أن رد الحرية إلى الشعوب المقهورة هو المقصود الأول من القتال . وهذه الأسئلة هى : ١ — هل يوجد فى البلد حق إبداء الرأى بحرية وحق معارضة الحكومة القائمة وانتقادها . ٢ — هل للشعب الحق فى تغيير الحكومة التى لا يرضى عنها وهل لديه وسائل دستورية تمكنه من إظهار إرادته . ٣ — هل المحاكم آمنة من إكراه السلطة التنفيذية ومن تهديد الغوغاء وضغطهم وهل هى بريئة من التواطؤ مع حزب سياسى معين . ٤ — هل هذه المحاكم تطبق قوانين حرة مستقرة تتفق مع العقل البشرى ومع المبادىء العامة للكرامة والعدل . ٥ — هل العدل والنصفة يجريان فى حق الفقير كما يجريان فى حق الغنى ويجريان على الأفراد كما يجريان على موظفى الحكومة . ٦ — هل حقوق الأفراد وحرياتهم تلتقى فى دائرة قيامهم بواجباتهم نحو الدولة كفالة وتقديساً . ٧ — هل الفلاح العادى أو العامل العادى آمن على نفسه من أن تقبض عليه هيئة من هيئات البوليس الخاضعة لمشيئة حزب واحد وتسوقه إلى العقاب أو الاعتقال بغير محاكمة عادلة — مجلة الإكونمست ٣ سبتمبر ١٩٤٤ .

وحقيقية للمواطن فى النطاق الجنائى بالتفرقة الأساسية بين ما يجوز أن يكون موضوعاً لإجراء جنائى ، وبين ما يجوز أن يكون موضوعاً لإجراء إدارى . . . وحيث يسمح باتخاذ إجراء جنائى فلا بد من توافر ضمانات صارمة » .

وقد أوضح تقرير لجنة الصياغة ، تأكيداً لمبدأ الشرعية كقاعدة موضوعية ، أنه من العبث الأخذ بمفهوم شكلى لمبدأ الشرعية يقف عند حد الخضوع لأحكام القوانين القائمة ، ذلك أن كل مجتمع منظم يمكن أن ينتهى ، فى خلال تطوره ، إلى الاعتراف بقيمة الشرعية ، مفهومة بمعناها الضيق على أنها خضوع جميع أفراد المجتمع للقوانين التى تضعها السلطات العليا ، والاعتراف بأهمية تطبيق منتظم وموحد للقوانين من جانب هؤلاء الذين يخضعون لتلك السلطات ، ولهذا فإن التعريف الذى تأخذ به الدول الشيوعية « للشرعية الاشتراكية » على أنها « التطبيق الصارم والمستمر للقوانين وجميع التصرفات القانونية الأخرى التى تؤدى إلى إقامة نظام قانونى راسخ فى الدولة » ، هذا التعريف يكشف عن واحد من الوجوه الثانوية أو الملازمة فحسب لمبدأ أولوية القانون . ذلك أن هذا الوصف يصدق على جميع الدول التى تكون قد رفضت الفوضى كمبدأ للحكومة . غير أنه لا يجوز للفقه أن يسلم بأن دولة ما تعتبر خاضعة حقيقة لمبدأ سيادة القانون بتوافر هذا الوصف وحده ، وإنما لا بد وأن توضع موضع التقدير أهداف المجتمع المنظم والمبادئ الأساسية التى يجب أن توحى بمضمون القوانين فى هذا المجتمع . ولا يعنى هذا أن يغتصب رجل القانون مهمة رجل الدين أو الفيلسوف أو رجل الاقتصاد ، وإنما كل ما يعنيه هو أن يفهم القيم التى يعمل النظام القانونى فى إطارها . ويقول التقرير لهذا السبب إنه من الضرورى أن يقال بوضوح إن فكرة مبدأ الشرعية ترتكز على القيم الأساسية لمجتمع حر ، وأنه يقصد بهذا التعبير مجتمع ينظم إطاراً منسجماً تستطيع أن تجد فيه الروح الحرة لكل فرد من أعضائه تعبيرها الكامل . والمجتمع الحر هو هذا المجتمع الذى يعترف بالقيمة العليا للشخص الإنسانى ويفهم جميع النظم الاجتماعية ، والدولة بوجه خاص ، على أنها مسخرة لخدمة الفرد وليست سيدة له . ثم يلخص التقرير وجهة نظر واضعيه بقوله :

١ – إن مبدأ الشرعية ، أو سيادة القانون ، هو تعبير مناسب أو ملائم للتعريف من جهة بالمثل العليا ، ومن جهة أخرى بالخبرة القانونية العملية التى يتفق عليها رأى جميع رجال القانون فى جزء كبير من العالم ، وإن كان هذا الاتفاق لا يزال جنيناً وغير متميز نوعاً .

٢ – ويرتكز مبدأ الشرعية على مثل أعلى مزدوج ، فأياً كان مضمون القانون يفترض المبدأ من جهة أن كل سلطة فى الدولة تنبع من القانون وتمارس وفقاً للقانون . وهو يفترض من جهة أخرى أن القانون نفسه يرتكز على مبدأ أسمى هو احترام شخص الإنسان .

٣ – تظهر خبرة رجال الفقه أن مبادئ معينة ونظماً معينة وإجراءات معينة ، ضرورية لتحقيق المثل العليا التى تكون أساس مبدأ الشرعية . غير أن الفقهاء يعترفون مع ذلك بأن هذه المبادئ والنظم والإجراءات لا تكون مجموعاً جامداً ، وأن أهميتها النسبية يمكن أن تتغير من دولة إلى أخرى .

٤ – إن مبدأ الشرعية بالمعنى الذى أعطى له فى هذا التقرير يمكن أن يعرف على أنه يعبر عن المبادئ والنظم والإجراءات التى لا تتطابق دائماً وإن تشابهت فى عديد من النقاط ، وهى التى تكشف ضرورتها الحيوية فى تقليد وخبرة فقهاء دول العالم التى تختلف فى تراكيبها السياسية وظروفها الاقتصادية – لحماية الفرد ضد استبداد الحكومة والسماح له بأن يتمتع بكرامته الإنسانية(١) .

المبحث الثالث

الشرعية فى الفكر الاشتراكى العربى

تكلمنا فى المبحث الأول عن الشرعية فى الفكر الاشتراكى (٢) ، ثم

(١) Le principe de la légalité dans une Société libre - Rapport sur les travaux du congrés International de Juristes tenu à New Delhi (janvier 1959) p. 200—207.

وانظر فى نقد المفهوم الغربى لمبدأ سيادة القانون الدكتور محمد عصفور ، المرجع السابق ص ١٢ – ٢٠ .

(٢) يبين من بحثنا المتقدم عن الشرعية فى الفكر الماركسى أننا لا نعنى بها سيادة قانون ذى مضمون إشتراكى ، بالمقابلة لسيادة قانون ذى صبغة رأسمالية فى النظم التقليدية . =

ألممنا فى عجالة فى المبحث الثانى إلى الشرعية فى الفكر الغربى مرجئين مزيداً من الكلام عنها إلى المبحث التالى الذى نتعرض فيه لمبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، ونتكلم فى هذا المبحث عن مفهوم الشرعية فى الفكر الاشتراكى العربى .

تمهيد

٥٣٠ – لو أننا رجعنا إلى السنوات القليلة السابقة على ثورة ١٩٥٢ ، وهى أخريات القومية المصرية والديمقراطية الليبرالية ، لوجدنا أن الحرب العالمية الثانية تلتها سبع سنوات من الفوضى السياسية والقلاقل وانتفاء الرغبة فى تفهم الأوضاع الجديدة التى خلفتها الحرب : فقد رفض البريطانيون فى عناد جلاء جيش الاحتلال رغم أن انتصارهم فى الحرب جعل استمرار الوجود البريطانى بدعوى الدفاع عن النفس فاقد السبب ، فى الوقت الذى بلغ الشعور الوطنى المصرى نقطة الانفجار . كذلك بلغت الحزازات الطبقية قمتها عند ما رفضت طبقة « الباشوات » فى عناد كل محاولة للتصالح الطبقى عن طريق الإصلاح الزراعى وإصدار تشريعات عمالية توازن فى عدالة بين حقوق العمال وأرباب الأعمال . أما رأس المال الأجنبى فى مصر ، وقد تمتع فيها خلال مائة عام بمركز ممتاز وبامتيازات خاصة ، فقد رفض بدوره أن يتخلى عن امتيازاته الخاصة تلك أو أن ينزل عن مركزه الممتاز ذاك وأن يصل إلى اتفاق مع البورجوازية المصرية ومع التكنوقراطية المصرية الناميتين أبداً . ومع رأس المال الأجنبى كان هناك ثلاثة أرباع المليون من الأجانب المحليين الذين تشبثوا فى عناد باعتقادهم فى تفوق أصلهم الأوربى وآثروا الخروج من مصر جماعة على أن يستسلموا فى إذعان لمصير المواطن المصرى المتجنس . ولكى تتم السيطرة على كل هذه التوترات ناط الملك فاروق أمر

= فالمشروعية فى الفكر الحر ، على ما رأينا فى المبحث الثانى وعلى ما سنرى فى المبحث الرابع ، هى ضمان لحقوق وحريات الأفراد من عدوان السلطة عليهم . أما الشرعية الإشتراكية فليست مقرونة بالدرجة الأولى لمجرد صيانة الحقوق والمحافظة على حريات الأفراد ، وإنما هى أداة لتحقيق المذهب الإشتراكى وصولا إلى الشيوعية . فهى مشروطة بهذه الغاية ومن هنا كانت تسميتها بالشرعية الإشتراكية .

تشكيل الحكومة إلى خمسة من السياسيين(١) تداعت حكوماتهم فى تعاقب مريع ، ثم أضافت الدراما الفلسطينية الإسرائيلية اللمسة الأخيرة فى هذه الصورة حين تطورت فى الخلفية فى سرعة لاهثة . وكان من نتيجة ذلك كله أن ولد نقيض الموضوع ، وهو الثورة ، من الموضوع ، وهو العهد البائد . وأخيراً استجدت للبلاد الناطقة بالعربية قضية مشتركة تلتف من حولها ، أعطى الإحساس بالمصير المشترك معنى ودفعة لفكرة القومية العربية .

الاشتراكية العربية

٥٣١ – والحق إن الثورة حاولت ما وسعها الجهد أن تعطى حلولا ناجعة لكل هذه التوترات ، ويهمنا فى هذا المجال الإلماح إلى أنها عالجت ما يسمى تذويب الفوارق بين الطبقات عن طريق تطبيق اشتراكية عربية أوضح الميثاق عدم التزامها بقوالب مذهبية مستوردة بحيث يكون من الخطأ محاولة كشف ماهيتها فى ضوء أى مذهب إشتراكى آخر . ومن هنا تبدو صعوبة الكلام عن الشرعية فى الاشتراكية العربية لأنه يلزم بادئ ذى بدء استكناه فكرة هذه الاشتراكية نظرياً وفى التطبيق بعد أن تركت ثورة ١٩٥٢ معلقاً بغير إجابة موضوع شكل الاشتراكية المصرية وفحواها ، أو على الأصح مبدأ تأميم وسائل الإنتاج الذى فهمه البعض على أنه رأسمالية الدولة ، بينما تمنى له غيرهم أن يتطور إلى ملكية الشعب لفوائض القيمة ملكية حقيقية ، على حين أراد له فريق ثالث أن يساير الإشتراكية كما يسمح بها الإسلام(٢) ، أو يطابق الفكرة الدينية عن ملكوت المؤمنين على الأرض . كل هذه الأفكار المتناقضة عن الإشتراكية وغيرها(٣) ، سمحت لها الثورة أن تتعايش تعايشاً

(١) هم النقراشى وصدقى والنقراشى وعبد الهادى وسرى .

(٢) من الطريف هنا أن نذكر أن بعض الماركسيين المصريين ودعاة الاشتراكية العربية ، رغبة منهم فى استمالة المنادين بالاشتراكية الإسلامية ، كانوا يحتجون بأن الدين هو الينبوع الذى نبعت منه اشتراكيتنا مستدلين تارة ببعض آيات من القرآن الكريم التى تحض على الرحمة بالفقراء ، ومستشهدين تارة أخرى بأبى ذر الغفارى الذى كان يدعو إلى العدل فى توزيع الغنائم فى صدر الإسلام .

(٣) فقد تركت الثورة كذلك فكرة القومية العربية والوحدة العربية تتأرجح بشدة من شخص لآخر ومن حزب لحزب ومن أمة لأمة بحيث اشتمل مدلولها على كل شىء من العنصرية السافرة إلى الجامعة الإسلامية إلى التأليه الرومانتيكى للثقافة المشتركة إلى مجرد التضامن الخالى —

سلمياً فى السنوات العشرين الماضية ، بينما مضت الثورة تشق طريقها بمنهج التجربة والخطأ رافضة أن تلتزم بنظرية محددة ، فبدت وكأنها تطبق نوعاً من الحياد الإيجابى على كل هذه النظريات التى سمحت لها أن تبرز إلى السطح شرط ألا تحاول أن تجسد نفسها فى سياسات وبرامج تطبيقية أو حتى أن تكتسب من القوة الذاتية مايجعلها تشكل ضغطاً على الدولة . وبعبارة أخرى فقد احتملت هذه النظريات فى ساحة مابقيت نظريات ، فلم تسمح الثورة بالاستقطاب ولم يكن « التجمع » الإيديولوجى موضع رضا . وقد حلت صيغة الاتحاد القومى أولا ثم الاتحاد الاشتراكى ثانياً بوصفه « تحالفاً » بين الطبقات مشكلة الصراع الطبقى والتناحر الحزبى (١) ، كما مكّن هذا النقص فى النظرية ثورة ١٩٥٢ من أن تتجنب الوقوع فى صدامات دموية مع أعدائها وهو ما تميز به غيرها من الثورات الأخرى (٢) . بيد أن امتناع الثورة عن تنظير اشتراكيتها لا يمنعنا من محاولة استخلاص مفهوم الشرعية فى هذه الإشتراكية فى ضوء المقارنة بينها وبين الشرعية التى سبق أن تكلمنا عنها فى مفهومها الماركسى .

— من الرومانتيكية فى سبيل المصلحة المشتركة ، بل إن الموقف الرسمى من هذا الموضوع قد تأرجح بدوره بين ثلاثة اتجاهات كانت تسمى يوماً بوحدة الهدف ووحدة العمل ووحدة الصف . كما تركت الثورة معلقاً دون إجابة موضوع الثيروقراطية والعلمانية كأساس الدولة فى مصر ، وتركت كذلك القديم والجديد يعيشان ويتعايشان ولم تمن إلا بإقامة توازن حرج بينهما كثيراً ما قام على الإعتماد على القديم لاستحداث الجديد .

(١) بيد أن الإصرار على رفض مبدأ قيام الاتحاد القومى ومن بعده الاتحاد الاشتراكى بوظيفة الحزب فى دولة تقوم على مبدأ الحزب الواحد ، جعل التنظيم السياسى غير قادر على مباشرة مهامه مما أضعف فاعليته وجعله عاجزاً أمام الدولة ، وقلل بالتالى من إمكانيات الحوار فى المجتمع المصرى . وفى هذه النظرة التوحيدية للدولة تصبح إرادة « الشعب » هى مجموع إرادات الأفراد ، فكل فرد يقف وحده مع الدولة أو عليها .

(٢) غير أن هذا النقص ذاته فى النظرية ، وهذه الرغبة فى التوفيق بين النقائض بقصد تجنب الصدامات ، هما اللذان أفضيا إلى عجز الثورة المصرية عن أن تهيىء للشعب المصرى فلسفة ثورية متجانسة وأسلوباً فى الحياة متجانساً . فهى قد تركت المصريين يؤمنون بما يريدون الإيمان به بشرط ألا يتعدوا على الخطوط العريضة التى أرستها الثورة ، وعلى الأقل حتى دستور ١٩٧١ كان يمكن للمواطن المصرى أن يكون ماركسياً أو شيوعياً صينياً أو أخاً مسلماً شرط ألا ينتمى إلى جماعة منظمة وأن يتعاون مع النظام . وقد تركت ثورة ١٩٥٢ أكثر الأشياء الطيبة واعتمدت فقط على قوانين التحول الاقتصادى الصارمة . صحيح أن الناس فقدوا عقلياً العمل عبداً « دعه يفكر » حين فقدوا اقتصادياً العمل عبداً « دعه يعمل » ، ولكن صحيح —

رأينا

٥٣٢ — ذهب البعض إلى أن الاشتراكية واحدة في كل مكان ، وأنه ليس ثمة اشتراكية عربية وأخرى يوغوسلافية وثالثة روسية . . . إلخ ، وإنما هناك فقط « طريق » عربي أو يوغوسلافي أو روسي إلى الإشتراكية[1] . ولكنا نرى أن الإشتراكية التي استهدفها التغيير الاجتماعي عندنا ليست باشتراكية عربية أو مصرية كما أنها ليست تطبيقاً عربياً للاشتراكية ، إنما هي واحدة من هذه الاشتراكيات التي حاولها القرن العشرون ائتلافاً بين النقيضين ، وذلك على وجه الدقة ما كان يقصد إليه « ديجول » بحديثه عن أمل العالم في حل ثالث . وكان لابد ، كما سبق أن ذكرنا ، لنجاح هذا التحول الإجتماعي من حركة مزدوجة تتمثل في الذهاب والمجيء بين القمة والقاعدة : تمضي الإرادات الجماهيرية في تأثيراتها المتبادلة ، إرادة مشتركة إلى أعلى فتعود من القمة قرارات تجسد هذه الإرادة المشتركة تمضي بها ومعها

= أيضاً أن الفلاح المصري الذي أفاده الإصلاح الزراعي والعامل المصري الذي مسه التصنيع لا يملكان أية عقيدة ثورية متميزة أو أي أسلوب ثوري متميز في الحياة . وصحيح أيضاً أن مئات الآلاف من النساء المصريات قد تحررن في عهد الثورة « بقوة الواقع » بسبب تعليم المرأة وتشغيل المرأة ، ولكنهن لم يتحررن بعد بقوة القانون بل ولم ينلن أدنى اعتراف بالمساواة في مجتمع قائم على سيادة الذكور رغم أن الميثاق والدستور معاً قد حرصا على إعطاء المرأة المصرية وضع المواطنة الكاملة . وكان مما قلل أيضاً من إمكانية الحوار الصادق في المجتمع المصري ثقافياً كان أو غير ذلك ، قيام نظرية الوحدة الوطنية على أساس من نظرية الوحدة الاجتماعية وهي ما يسمى أحياناً « تذويب الفوارق بين الطبقات » . على أنه بعد عام ١٩٦٧ دار بيننا التفتيش في أعماق النفس على أوسع نطاق بعد كارثة حرب الستة أيام ، وأدرك الكثيرون أن مواجهتنا مع إسرائيل ليست مواجهة عسكرية ولكنها مواجهة بين شكلين من أشكال الحضارة . ومن هنا كان اعترافنا على كل مستوى بأن علينا أن ندعم أسس الدولة العصرية في مصر ، وأن نقيم الحوار المثمر بيننا وبين بقية بلاد العالم لا من الناحية السياسية فقط ولكن من الناحية الإقتصادية كذلك . والظروف الآن تبدو مناسبة لإجراء هذا الحوار الثقافي الصادق مع الغير وداخل المجتمع المصري نفسه . ومع ذلك فالمستقبل وحده هو الذي سيكشف إن كان القلق الحالي الذي يعيشه المثقفون المصريون سيفضي إلى منهج جدلي إيجابي في الفكر والسلوك أو أنه سيكشف فينا شعور المارد الهائج الخاسر ، في اعتقادي أن الكثير يتوقف على بلوغ حل عادل لمحنتنا الراهنة ، فالناس في قمة الغضب عاجزون عن الحوار المنطقي الصادق والصريح .

(١) ولقد قاتل الماركسيون المصريون وخاضوا معركة ضارية لإثبات صحة هذا النظر .

إلى حيز التنفيذ . وإذا كان هذا هو الحال في الاشتراكية الماركسية على نحو ما تجسدت في روسيا « السوفيتية » ، فقد كان حرياً بنا ما أردنا لاشتراكيتنا مزيداً من العضوية يتيح للإرادات الجماهيرية أن تتواصل إرادة زعامية ، أن نحرص كل الحرص على إقامة هذه الشبكة متيحين لها بلغة « لينين » أقصى ما يمكن من سيولة الاتصالات ، فبذلك وحده كنا نضمن الانتظام العضوي المميز للجشطلت الإشتراكية بمعنى الكلمة . فقد لقي المعدمون أرضاً زراعية يفلحونها ، ولقي أناس كان من المحتم أن يكونوا عاطلين عدداً هائلا من المصانع ، ولقي الكل كثرة من الامتيازات أتاحتها تشريعات الضمانات الإجتماعية ومجانية التعليم ، بيد أن أعداداً هائلة من الطبقة الوسطى قد انطلقت مع الثورة بتطلعاتها الطبقية واستغلت وحدانية الاتجاه في شبكة الاتصالات ، من القمة إلى القاعدة فحسب ، فأعملت رماديتها نفاقاً من الحماسة مكنها من الوصول إلى بعض مواقع القيادات التنفيذية تسد الطريق على القاعدة وتتحول ، بما تتيحه لها امتيازات مواقعها ، إلى برجوازيات صغيرة[1] .

بيد أن جوهر التراث الإشتراكي الذي توشك أن تلتقي عليه كل تياراته بغير خلاف جذري بينها إنما هو ، في بساطة ووضوح ، إلغاء استغلال الإنسان للإنسان أياً كانت صورة ذلك الاستغلال . وهذا الجوهر يقوم على دعامتين لازمتين تختلطان اختلاطاً عضوياً وتؤديان إليه ، تتصل أولاهما بطريقة توزيع العائد الإنتاجي في المجتمع ، وتتصل ثانيتهما بكيفية ملكية وسائل الإنتاج . وطريقة التوزيع التي يلتقي عليها الفكر الإشتراكي في مجموعه هي تلك التي ترى أن يكون التوزيع معياره الأساسي المشاركة في الإنتاج : على قدر المشاركة في الإنتاج يكون قدر العائد ، وبغير مشاركة في الإنتاج — مع المقدرة عليها وإتاحة الفرصة لها — لا يكون ثمة نصيب من عائد الإنتاج . وهذه الدعامة التي تتعلق بالتوزيع تحتم بالضرورة قيام الدعامة الثانية المتعلقة

(١) راجع هامش (٢) ص ٢٩٦ و ٢٩٧ و ٢٩٨ وما ذكرناه بشأن دور قانون تحديد الملكية في القضاء على الإقطاع في الريف المصري دون أن يؤدي ذلك إلى القضاء على البناء الفوقي الذي تكون في ظل الإقطاع ، وكيف أن العقلية الإقطاعية ظلت لا بين الإقطاعيين فحسب بل وبقيت آثارها بين الفلاحين المعدمين والعمال وسكان المدن من أبناء البورجوازية الوطنية والصغيرة .

بكيفية ملكية وسائل الإنتاج . إن ترك ملكية وسائل الإنتاج فى نطاق الملكية الخاصة بغير حدود لا بد وأن يعطل قيام الدعامة الأولى ويؤدى إلى أن يكون معيار التوزيع شيئاً آخر غير العمل المنتج والمشاركة فى العملية الإنتاجية ، ومن هنا كان حتماً أن تقع ملكية وسائل الإنتاج الأساسية فى نطاق الملكية العامة للشعب العامل فى مجموعه يوجهها الوجهة التى تحقق الصالح العام لذلك المجموع . فلا شبهة فى أن من يرى معياراً للتوزيع غير العمل لا يكون اشتراكياً ، ولا شك أن من يرى إطلاق الملكية الخاصة ينتهى إلى أن يقبل معياراً للتوزيع غير العمل فلا يمكن لذلك أن يكون اشتراكياً لأنه ينتهى بالضرورة إلى إقرار استغلال الإنسان للإنسان . هذا الجوهر الذى يمثل الأرضية الواحدة التى يقف عليها الاشتراكيون والتى توحد بينهم فى مواجهة جميع القوى والأفراد الذين يستغلون الإنسان أو يرضون باستغلاله(1) . ولا مراء فى أن الجوهر عنصر أساسى فى اشتراكيتنا العربية أو المصرية كما أنه عنصر أساسى فى أية اشتراكية أخرى يعتنقها صينيون أو أوربيون غربيين كانوا أو شرقيين أو غيرهم من بنى البشر الذين يقطنون هذا الكوكب ، وإن كانت التصورات بعد ذلك للآمال الواحدة والغايات المرتقبة تتشعب وتختلف ، ومن هنا فقط يكون تمايزها وتباينها .

٥٣٣ — على أن كل ما تقدم لا يمنع من القول بأن اشتراكيتنا إضافة إيجابية للنظرية الاقتصادية السياسية مستوحاة مائة فى المائة من الظروف والأحوال العربية ، ومن ثم فإن بناء الإشتراكية فى مجتمعنا لا ينبغى أن يرتبط حتماً بمفهوم الشرعية الإشتراكية الذى عرضنا له فى المبحث الأول وذلك لما يلى :

١ — رأينا أن الماركسية تقوم على أساس استحالة الوصول للمرحلة العليا للشيوعية بغير المرور بمرحلة استبدادية تتركز فيها السلطة فى يد طليعة الطبقة العاملة ، وهى مرحلة دكتاتورية البروليتاريا ، كما أن الحرية التى تنشد الوصول إليها ليست هى حرية اليوم وإنما حرية الغد ، ومن ثم يمكن التغاضى مؤقتاً عن حقوق الفرد وحرياته خلال هذه المرحلة المؤقتة ، بينما لا تأخذ

---

(١) يحيى الجمل ، الإشتراكية العربية ١٩٦٦ ص ١٨٦و١٨٧ .

اشتراكيتنا العربية بمنطق دكتاتورية البروليتاريا ولا بالصراع الطبقى وإنما تؤمن بتحالف قوى الشعب العاملة وهو ما ينتفى معه الأساس المنطقى للأخذ بالشرعية الإشتراكية فى نظامنا القانونى والسياسى والوطنى(1) .

٢ — دكتاتورية البروليتاريا سلطة ثورية تمارس الاستبداد ضد خصومها وتعتبر القانون مجرد وسيلة فى الصراع الطبقى ، وما على القاضى إلا أن يكون أداة لقمع أى انحراف أو إخلال بالسلطة ، وبذلك وقع الخلط بين الشرعية الإشتراكية والشرعية الثورية فى قول ستالين « إنه من الخطأ البالغ أن يقال إن الشرعية الإشتراكية لوقتنا الحاضر لا تختلف عن شرعية السياسة الاقتصادية الجديدة الأولى . . . والشرعية الثورية فى زماننا مختلفة تماماً . . . إن المهمة الرئيسية للشرعية الثورية الآن هى أساساً الملكية العامة ولا شىء آخر »(2) ، بينما يقدس الميثاق الحريات ويعلى من سيادة القانون ويعلن استقلال القضاء ويعترف برقابته على احترام الشرعية (3) ، وعلى ذلك نصت الدساتير المؤقتة التى صدرت فى عهد الثورة كما نص دستور ١٩٧١ .

---

(١) وقد جاء فى الميثاق ما نصه « إن الديمقراطية السياسية لا يمكن أن تتحقق فى ظل سيطرة طبقة من الطبقات . إن الديمقراطية حتى بمعناها الحرفى هى سلطة الشعب ، سلطة مجموع الشعب وسيادته » . كما جاء فى تقرير الميثاق فى هذا الخصوص « وجدير بالذكر أنه لا يصح فى مفهومنا أن نحاول تفسير تجربتنا الديمقراطية على ضوء نظريات ونظم سياسية أخرى ، فنحن إذا كنا قد أسقطنا حكم طبقة الإقطاع ورأس المال المستغل فإننا نرفض لزوماً وقطعاً أن نفسر مفاهيمنا على صورة تفتح الباب لديكتاتورية جديدة أياً كان وضعها الاجتماعى » . وهكذا فإنه إذا كان ما تذهب إليه الماركسية يؤكد ضرورة وجود ديكتاتورية الطبقة فإن الميثاق وتقريره يدعوان إلى ممارسة السلطة ديمقراطياً عن طريق تحالف كل قوى الشعب العاملة ويرفضان دكتاتورية الطبقة أياً كان وضعها الإجتماعى . وكون التطبيق لم يساير فى كثير من الأوقات هذا الذى أرسى دعائمه الميثاق فهذا شىء آخر وإن كنت لا أخفى عدم موافقتى على إلغاء حريات الأفراد وإهدار ضماناتهم باسم التحول الثورى لأن هذا هو الدكتاتورية بعينها وهى لا تجلب غير الكوارث والنكبات . والحق إن السلطة بدأت تمارس الآن ديمقراطياً فى عهد سيادة القانون الذى نرجو مزيداً من العمل على مكانته .

(٢) محمد عصفور ، المرجع السابق ص ٤٠ .

(٣) أوضح تقرير الميثاق ضرورة قيام كافة الضمانات الكفيلة بصيانة القانون بحيث يصدر طبقاً للدستور وأوصى بإنشاء محكمة دستورية عليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واختصاصاتها (وهو ما نص عليه دستور ١٩٧١) وأوجب دعم « السلطة » القضائية ، وأكد على ضرورة سقوط كل الموانع الحاجبة لحق التقاضى (وهو ما قررته المحكمة العليا عندنا مؤخراً كما سيجىء) مع ضمان تنفيذ الأحكام القضائية النهائية .

٥٣٤ — وقد سبق أن ذكرنا فى المبحث الأول أن الشرعية فى مفهومها الماركسى غير مرتبطة بالبناء الإشتراكى فى مجتمعنا ، إذ هى نابعة فى النظام السوفيتى من تاريخ روسيا وظروف ثورتها وعقيدتها ، وعرضنا فى هذا المبحث للطبيعة الذاتية لاشتراكيتنا العربية[1] ، ومن هذا وذاك يتضح أن

(١) ونضيف هنا أن من أوجه التباين بين اشتراكيتنا والاشتراكية الماركسية أن الثانية مادية لا تؤمن بالغيبيات ولا بالروحانيات وترى أن الدين أفيون الشعوب ، كما أنها لا تعترف بالملكية الفردية حالة أن اشتراكيتنا لا تتعارض مع الدين الذى أعلى من قدره الميثاق والدساتير المتعاقبة كما أنها تعترف بالرأسمالية الوطنية وبالملكية الفردية حتى إن الدولة ملكت الفلاحين الأراضى التى وزعتها عليهم نتيجة انطباق قوانين الإصلاح الزراعى ولم تحتفظ هى بملكيتها وهى بصدد إجراء تجربة لضم الملكيات الزراعية الصغيرة المفتتة بأن يبيعها أصحابها إلى جيرانهم من أصحاب الملكيات الأكبر نوعاً على أن يعوضوا مساحات تتراوح بين ٣ و ٥ أفدنة من الأراضى الجديدة المستصلحة وذلك ابتغاء التخلص من الملكيات الضئيلة التى تمثل حوالى ٨٠ ٪ من جملة الملكيات الزراعية فى مصر .

والإحصاءات تشير إلى أن القطاع الخاص ما زال هو المهيمن فى الزراعة وأغنياء الفلاحين لا يزالون المسيطرين على التعاونيات . وقد نص قانون التعاونيات الجديد الصادر فى ١٩٦٩ على حرمان الأميين من مجالس إدارة الوحدات المحلية رغم أنهم يشكلون ٩٠ ٪ من المشاركين فى هذه التعاونيات . وما زال يعترض القطاع العام صعوبات بالغة فى الإدارة والتنظيم . وأشير هنا إلى أنه يوجد فى مصر ٤٩٣ ألف منشأة اقتصادية منها ٩ آلاف فقط فى القطاع العام وإن كانت هى التى تشكل المنشآت الكبيرة التى تضم ٥١ ٪ من العمال ، وباقى المنشآت مملوكة للقطاع الخاص ومنها ٢٣٦ ألف منشأة تجارية رغم أن الإحصاءات الرسمية تشير إلى أن عدد العاملين بالتجارة ٤٠٠ ألفاً ، والفرق يتجسد فى هؤلاء الذين ليس لهم سجلات تجارية وفى الباعة المتجولين أساساً . هذا بالإضافة إلى مئات الآلاف من الموظفين وقطاعات من الطلبة الذين ينتمون فى أصولهم الطبقية إلى هذه الفئات ويعززون الوزن الإجتماعى للبرجوازية الصغيرة . وقد أشار جمال عبد الناصر ، وهو يحلل عوامل هزيمة ١٩٦٧ ، إلى وجود طبقة جديدة فى مصر نشأت فى أعقاب الثورة ودعا الشعب والحكومة إلى ضرورة القضاء على القوى الرجعية التى تبرز هذه الطبقة . وتأكيداً على ضرورة تعميق الديمقراطية ، أصدر بيان ٣٠ مارس الذى لم ينفذ منه شيء ذو بال فى عهده ثم أنجزت منه أشياء بعد ذلك وإن كان وضع الأفكار الرئيسية التى ينطوى عليها البيان موضع التنفيذ ، يشكل أساس الصراع بين جناحين داخل الثورة المصرية : جناح « اليسار الوطنى » بكل أقسامه التى تتسع للإشتراكيين الناصريين حتى الماركسيين ، وجناح يمينى يتطلع إلى تجميد التحولات الإقتصادية والإجتماعية بأمل دعم امتيازات البرجوازية الوطنية على حساب الطبقات الشعبية الأخرى . وأياً كان وجه الرأى فى ذلك كله ، فى تقديرى أن الحوار الذى اختنق زمناً داخل المجتمع المصرى ، والذى كان هو السبب الرئيسى — فى رأيى — فيما حدث عام ١٩٦٧ كان ينبغى أن يعود إلى الظهور قبل ذلك العام . وإذا كان من التعسف أن نقول إن اختفاء الحوار ظاهرة تتميز بها كل الثورات فى بدايتها لا الثورة المصرية —

التنظيم القانونى لدينا يقوم على مبدأ سيادة القانون بالمعنى التقليدى ، ذلك المبدأ الذى لا يرتبط ، كما قد يتبادر إلى الذهن بطريق اللبس أو الخطأ ، بالمذهب الفردى وبالملكية الخاصة ، فلا يمكن رفض هذا المبدأ بمعناه التقليدى

— وحدها ، إلا أنه بعد أن استتب للثورة الأمر تماماً بعد مرور خمس سنوات على صدور القوانين الإشتراكية فى يوليو ١٩٦١ وبعد انقضاء قرابة خمس عشرة سنة على قيام الثورة كان ينبغى على الثورة أن تنظر للأمور من جميع الزوايا لا من زاوية واحدة ، وأن تفتح الباب للحوار المثمر بوصفه منهجاً فى الحياة ، فيقوم له وجود مؤسس يضمن التأمل والتخاطب بلغة الحقائق ، كما يضمن التسامح . بيد أن الدولة ذهبت إلى أن الحوار هو بداية التشاتم الذى هو نذير الحرب الداخلية التى ما جاءت الثورة إلا لتجنبها . وقد بنت قيادة الثورة شرعيتها على مبدأ واحد هو أنها لا تمثل طبقة واحدة ولا تمثل مجموعة واحدة من المصالح ولا من الأفراد ، وإنما تمثل الأمة « كلها » ومن أجل ذلك كان لزاماً عليها أن تكون فوق الطبقات وفوق مجموعات المصالح ، ولهذا فقد اقتصر حق كل مواطن على أن يعبر عن نفسه بالمونولوج الصغير المتصل بشخصه وأن يعرب عن معتقداته وشكاواه واحتياجاته داخل الإطار العام للأشياء .

وكان يتعين على الثورة أيضاً — وهى تبحث عن طريقة التعبير عن مصالح القوى المختلفة — أن تولى اهتماماً كبيراً التنظيمات الجماهيرية : نقابات العمال منبر طبيعى لإحدى قوى التحالف وهى العمال والعمال الزراعيون ، التعاونيات الزراعية منبر طبيعى للفلاحين ، الغرف التجارية والغرف الصناعية منبر للرأسمالية الوطنية ، النقابات المهنية والجمعيات منبر للمثقفين . وكان يجب ضمان التمثيل المستقل لهذه النقابات — بحسبانها منظمات جماهيرية — فى المؤتمر القومى وفى اللجنة المركزية ، وضمان أن تصبح هذه المنظمات معبرة حقيقة عن رأى جماهيرها لا عن الرأى الذى يراد لها أن تعبر عنه ، وفى نفس الوقت لا بد من ضمان تمثيل مستقل للقوى الشعبية . إن المؤتمر الوطنى الذى أقر الميثاق كان منتخباً على أساس تمثيل « القوى » . إن ثمة مفاهيم مختلفة موجودة فعلا فى المجتمع ، مجتمع الاتحاد الاشتراكى ، ويجب أن نسلم بوجودها . ومن ثمة كان من المتعين أن يحتضن الإتحاد الإشتراكى دون عقد أو حساسيات أفكار القوى المتحالفة ، فالفكرة التى لا تجد المجال الشرعى الذى تعلن فيه عن نفسها ، ستتلمس لا محالة طريقاً غير شرعى ، ومن الخطأ أن نتوهم أننا نتقدم إلى الإتحاد الإشتراكى بفكر موحد تماماً . حقيقة ثم قدر معين متفق عليه من الفكر : تحقيق التنمية الإقتصادية ، الدور القائد للقطاع العام ، التحالف بين الطبقات ، ربط الحرية الإجتماعية بالحرية السياسية ، عدم الانحياز ، الإنتماء العربى ، ويبقى الأمر مع ذلك مختلفاً فى الوسيلة . كما أنى أشك أن القول باستمرار التطور على الطريق الاشتراكى وتعميق الخط الإشتراكى مثلا محل اتفاق حول مفهومه ومداه ، كذلك الأمر عندما نتكلم عن الملكية غير المستغلة جزئيا على تعبير الميثاق : ما مناطها ومعيار تحديدها وهل هو معيار تجريبى ؟ فمرة كانت ملكية المائتى فدان غير مستغلة ثم انتهى بنا التحديد إلى أنها ملكية ما لا يزيد على خمسين فدانا ، وهل تمضى التجربة فى تطورها أو أن هناك حداً يمكن أن تتوقف عنده ؟ أو تراه يكون معياراً موضوعياً قوامه عدم حصول المالك على فائض القيمة نتيجة استخدام أجراء فى ملكه وهل ما يزال هذا المعيار صالحاً فى زمن التكنولوجيا والميكنة —

بمقولة إنه نشأ فى ظلال الفلسفة الفردية والملكية الخاصة . فهذا المبدأ – بصرف النظر عن نشأته – يعد أسلوباً فنياً لصياغة حقوق وحريات المواطنين وتنظيم

= الحديثة ؟ وحين ينادى البعض بتطبيق اشتراكية نابعة من الإسلام ، فإنه حين يقدم الإسلام بديلا للإيديولوجيات والتيارات التى تتصادم على منطقتنا وفى أمتنا إنما يقدم الإسلام مجهولا ، بمعنى أنه لا يدرى ما فهم المسلمين للإسلام . فالكل يتكلم فى منطقتنا العربية باسم الإسلام دون أن يوجد نمطان متشابهان فى التفكير والعقلية والرؤية والموقف من الكون والحياة نتيجة قفل باب الإجتهاد منذ قرون عديدة . ومن يقرأ التاريخ الإسلامى يجد أن عصور ازدهار الإسلام حفلت بالمذاهب والصراعات الإجتماعية فكان هناك الخوارج والمعتزلة والقرامطة وثورة الزنج . فالإسلام دين يحض على قيم تتجه إلى ضمير الإنسان أساساً وهو أحد منابع الأصالة عندنا أما ما عدا ذلك فإن الإسلام ترك مجال الاجتهادات الإقتصادية والإجتماعية إلى حد كبير . فعمر بن الخطاب حين فتح أرض السواد بالعراق جعل نصف إيرادها لبيت المال بمعنى أنه « أمم » نصف العراق إذ بدأ يواجه مهمة تحمل مسئولية اجتماعية وبناء دولة فتراه يقول « والله لو أن بعيراً ند فى أقصى العراق لخشيت أن يسألنى الله عنه يوم القيامة » .

والحق أنه رغم انتكاسات مؤقتة وعابرة فى الطريق ، فإن عصرنا يتحول لصالح الاشتراكية ، فهو عصر الانتقال من الرأسمالية إلى الاشتراكية ، ذلك أن الاستعمار لم يعد يستطيع أن يسحق حركات التحرر أو يعوق تقدمها إذا توافرت لها « الظروف الذاتية » للتطور . وقد توافرت فى عصرنا ظروف موضوعية لتحويل « حركة التحرر السياسى » إلى عملية « تحرر وتقدم اجتماعى » وتحويل مضمون حركة التحرر من حركة « معادية للاستعمار والإمبريالية » إلى حركة « معادية للرأسمالية والاستغلال » وإن كان النزاع السوفيتى الصينى قد انعكس أثره على مواقف الأحزاب الشيوعية من الاستعمار والإمبريالية ، بما فى ذلك الأحزاب الشيوعية الحاكمة فى أسرة الدول الاشتراكية ذاتها ، ولعل رومانيا وموقفها المتميز من أزمة الشرق الأوسط وإسرائيل خير شاهد على ذلك . وفى إفريقيا وقعت انقسامات داخل أحزاب حاكمة كما حدث فى مالى وكونغو برازافيل ، واستغل الخلاف الإيديولوجى لتغطية الأسباب الحقيقية ، وترتب على هذه الخلافات سقوط النظم التقدمية الحاكمة فى هذه البلدان ، كما ترتب من الناحية الأخرى عليها تنافس وتسابق فى تقديم المساعدات للدول فى إفريقيا بما فى ذلك بعض الدول الرجعية . ويمكن القول إن الصين لا يمكن اعتبارها الآن عضواً فى الأسرة الاشتراكية بعد أن نبذت القيادة الصينية الماركسية اللينينية ابتداء من ١٩٥٩ ثم قامت بتصفية الكادر الماركسى اللينينى فى الحزب الشيوعى الصينى عن طريق الثورة الثقافية ، ثم وقفت أخيراً إلى جانب أمريكا مؤيدة باكستان فى مواجهة الاتحاد السوفيتى الذى وقف إلى جانب الهند فى النزاع حول قيام دولة بنجلاديش فى باكستان الشرقية .

ولعل من المفيد فى هذا المقام أن أشير إلى أن الزعيم المصرى محمد فريد كان نموذجاً للقادة الوطنيين الذين لم يكتفوا بالمطالبة بالاستقلال ، بل ربطوا النضال من أجله باتجاهات اجتماعية تدافع عن مصالح المثقفين والحرفيين والعمال والفلاحين ، وقد وجد محمد فريد فى القوى الاشتراكية وقوى الطبقة العاملة الحليف الطبيعى للحركة الوطنية المصرية وإن كان هذا الاتجاه الراديكالى لم يقدر له أن ينتصر وتلاشى لأسباب داخلية أهمها هيمنة تحالف البرجوازية وكبار الملاك على الحركة الوطنية ، وأسباب خارجية أهمها هيمنة الإمبريالية على النطاق العالمى .

علاقاتهم بحكامهم ، ويستهدف فى المقام الأول كرامة الإنسان التى تنهد الإشتراكية إلى صونها والحفاظ عليها . وما دام القانون من صنع الشعب ، مصدر كل سلطة ، فهو فريضة على أجهزة الحكم وعلى المحكومين على حد سواء ، وإلا فإننا نضع السلطة الحاكمة فى مرتبة أعلى من الشعب ؛ فهو مبدأ محايد لا علاقة له بمضمون القانون الإجتماعى والاقتصادى ، فاحترام الحاكم فى النظم الرأسمالية للقانون لا يفيد تحلله من الالتزام به متى أصبح مضمونه اشتراكياً (١) .

ونستطرد الآن إلى بحث الرقابة على مبدأ الشرعية فى مصر وفرنسا لوحدة هذا البحث بعد أن خطت مصر خطوة هامة فى تاريخها القضائى حين أصدرت القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة فانضمت بذلك إلى مجموعة النظم اللاتينية التى تأخذ بنظام القضاء المزدوج (٢) .

المبحث الرابع

الرقابة على مبدأ الشرعية

٥٣٥ – تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية **Principe de la légalité** وهو سيادة حكم القانون . ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة فى تصرفاتها للقانون القائم ، وأن يمكن الأفراد ، بوسائل مشروعة ، من رقابة الدولة فى أدائها لوظيفتها ، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عن لها أن تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال .

ونحن إذ نتكلم عن الجانب الإدارى من وظيفة الدولة فإنما نعنى القانون

(١) عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٨٠ – ٨٣ .

(٢) ألمحنا فى المبحث الأول إلى المبادئ الأساسية للنظام الأنجلوسكسونى المطبق أساساً فى بريطانيا وأمريكا وقلنا إنه لا يأخذ بنظام القضاء المزدوج . ونضيف هنا أن من تلك المبادئ أنه لا يمكن مساءلة الدولة عن أعمالها مادية كانت أو قانونية إعمالا لمبدأ أن الملك لا يخطئ **The King can do no wrong** ولذلك توجه الدعاوى ضد الموظفين شخصياً ويتمتع القاضى بسلطة واسعة فى هذا الصدد ، فهو إما أن يحكم بتعويض مالى على الموظف شخصياً أو أن يصدر أمراً إليه القيام بعمل أو للامتناع عن عمل أو بتعديل قرار أو إعادة الشىء إلى أصله . والمحكمة لا تراقب فقط شرعية القرارات وإنما تراقب عدم معقوليتها ومن هنا يبدو القاضى كرئيس إدارى للموظف ، وهذا يتمشى مع الطبيعة الإنجليزية المعرقة فى نزعتها الفردية .

بمدلوله العام ، أى جميع القواعد الملزمة فى الدولة سـواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة ، وأياً كان مصدرها مع مراعاة التدرج فى قوتها(١) .

(١) القانون الدستورى فالعادى فاللائحة فالقرار الفردى . وقد يضاف إليها درجة خامسة إذا وجد فى الدولة قواعد تسمو على الدستور فتلا يذهب غالبية فقهاء القانون العام فى مصر إلى أن « الميثاق » له طابع قانونى إلزامى قولا إنه صدر عن المؤتمر الوطنى للقوى الشعبية ولا يمكن تبعاً لذلك إنكار صفة الإلزام القانونى لعمل هيئة منتخبة من الشعب وتعد تجميعاً لكافة قواه ، فضلا عن الدلالة القاطعة لبعض عبارات تقرير الميثاق على قوته الإلزامية — أنظر أحمد فهمى هبة ، موضع الميثاق بين القواعد القانونية ، مقال بمجلة مصر المعاصرة عدد ٣٣٤ ص ٩٢١ — فؤاد العطار ، القضاء الإدارى ١٩٦٧ ص ٣٥ — أحمد كمال أبو المجد ، الميثاق الوطنى أهدافه ومضمونه وقيمته ، مقال بالمجلة المصرية للعلوم السياسية مارس ١٩٦٢ ص ١٠٥ . ويتجه الرأى الغالب إلى إعطاء الميثاق وتقريره منزلة أسمى من الدستور على تقدير أنه يعتبر تعبيراً عن المبادئ والقيم والأهداف المستقرة فى ضمير الإنسانية والشعب العربى ، وأنه يرسم الإطار السياسى والاقتصادى والاجتماعى والعقائدى للدولة ثم يقوم الدستور بوضع القواعد التفصيلية المنظمة لسلطات الدولة فى حدود هذا الإطار ، ومن ثم فإن مضمون الميثاق أوسع وأشمل من الدستور فيسمو عليه ، وأن تقرير الميثاق أوضح مكانته بالنسبة للدستور فى عبارة قاطعة حين قرر أنه يعتبر أساساً لوضع الدستور والقوانين وأنه ينزل من الدستور منزلة الأبوة — أنظر محمود حافظ ، القضاء الإدارى ط ٣ ص ٢٣ — أحمد فهمى مصطفى هبة ، المقال السابق ص ٩٥٧ .

وبعض الفقهاء لا ينزلون الميثاق منزلة تسمو على الدستور فى جميع الأحوال ، فهم يقررون أن الأمر يتوقف على الإرادة الشعبية التى يصدر عنها كل منهما وعلى الإجراءات المتبعة فى إصدارهما : فإذا وضع الدستور أداة تمثل الشعب على نفس مستوى الأداة الشعبية التى وضعت الميثاق ، ثم طرح بعد ذلك على الشعب فى استفتاء عام ، فلا شك أنهما يكونان فى نفس المرتبة ، والنتيجة المنطقية أن المشرع الدستورى لا يتقيد فى هذه الحالة بمبادئ الميثاق — أنظر محمود حافظ ، المرجع السابق ص ٣٠ — أحمد كمال أبو المجد ، المقال السابق ص ١٠٦ .

هذا وكان الفقه الفرنسى قد ذهب فى بداية الأمر إلى أن إعلانات الحقوق ليست إلا إفصاحاً عن مبادئ فلسفية وأخلاقية مفرغة من أية قيمة قانونية ، وأن هذه المبادئ يضمن تنفيذها النصوص الدستورية والتشريعية — أنظر André Hauriou, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques ١٩٧٠ ص ١٩٣ وما بعدها . ولكن الرأى المعارض ، وهو الذى تميل إليه كافة الفقه حديثاً ، يضفى على إعلانات الحقوق قيمة قانونية . وقد وقع كذلك خلاف فى الفقه الفرنسى حول مرتبة إعلانات الحقوق فى سلم تدرج القواعد القانونية : فن الفقهاء من خلع على إعلانات الحقوق قيمة تسمو على الدستور Supra - Constitutionnelle باعتبارها ترجمة للمبادئ والقيم المستقرة فى ضمير الإنسانية والتى لا تسقط بسقوط الدساتير ، ومنهم من هبط بها ليجعلها فى نفس مرتبة التشريعات العادية ، فهى بذلك لا تقيد المشرع العادى الذى يستطيع أن يتناولها بالتعديل كلما تراءى له ذلك . أنظر Manuel de Droit Constitutionnel, Julien La Ferrière — سنة ١٩٤٧ ص ٩٦٢ وما بعدها .

بيد أن الراجح فى الفقه الفرنسى هو التسوية بينها وبين التشريع الدستورى ويؤيد ذلك بأسباب تاريخية حيث إن تلك الإعلانات قد اعتبرت منذ الحركة الدستورية الكبيرة فى القرن الثامن عشر ، جزءاً لا يتجزأ من التنظيم الدستورى . وقد ساير القضاء الأمريكى هذا الاتجاه عندما نظر فى دستورية التعديلات التشريعية عام ١٧٩١ .

وإنى أرى أن ثمة بنوداً فى الميثاق تنفر بطبيعتها من أن تكون محلا لإلزام قانونى مثل استعراض تاريخ النضال العربى ومراحله ووضع الجمهورية فى المجتمع الدولى ومشاكل التنمية الاقتصادية والتطبيق الاشتراكى وما إلى ذلك من الموضوعات التى تنأى عن أن تكون قواعد قانونية ملزمة ، أما ما يصلح فيه لأن يكون كذلك ، فإنه لما كان دستور جمهورية مصر العربية الصادر فى سبتمبر ١٩٧١ قد وضعه أعضاء مجلس الشعب بالاشتراك مع أفراد عديدين من مختلف طوائفه ، وهم بهذه المثابة لايقلون عن مستوى الأداة الشعبية التى وضعت الميثاق ، وقد طرح الدستور على الشعب فى استفتاء عام ، فإن الميثاق والدستور كليهما يكونان فى مرتبة واحدة ، فلا يتقيد المشرع الدستورى فى هذه الحالة بمبادئ الميثاق .

وأياً كان نوع تصرف الإدارة ، أى سواء كان عملها قانونياً acte juridique أو مادياً acte materiel . أما إذا أهدر هذا المبدأ ، صارت الدولة بوليسية Etat de police .

جزاء مبدأ المشروعية : Les sanctions du principe de la légalité

٥٣٦ — يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية بطلان التصرف الذى خالفت به القانون La nullité de l'acte وهذا البطلان يتفاوت فى جسامته وفى آثاره وفقاً لدرجة المخالفة كما سيجيء .

موازنة مبدأ المشروعية Les Contrepoids du principe de la légalité

٥٣٧ — والمشروعية تقوم على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة باحترامها ومراعاتها فى تصرفاتها ، فهى تفرض على الإدارة قيوداً لصالح الأفراد . غير أن حماية الحرية الفردية يجب ألا تحجب عن الأبصار حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن الإدارة ، ذلك أنه إذا كان من اللازم تجنب استبداد الإدارة L'arbitraire administratif فيجب ألا يؤدى بنا ذلك إلى أن نسم الإدارة بطابع الآلية والروتين L'automatisme administratif بأن نغل أيدى رجالها ، ونكبت فيهم روح الابتكار . ولهذا يقر الفقه والقضاء بل والمشرع للإدارة ببعض امتيازات ، تستهدف موازنة مبدأ المشروعية ، بمنح الإدارة قدراً من الحرية يتفاوت ضيقاً واتساعاً بحسب الظروف . وقد تبلورت هذه الامتيازات فى صور ثلاث هى :

١ – السلطة التقديرية Le pouvoir discretionnaire وهى تلك الحرية التى تتمتع بها الإدارة فى مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار ، فى حدود الصالح العام ، وقت تدخلها ، ووسيلة التدخل ، وتقدير خطورة بعض الحالات[١] .

٢ – سلطات الحرب والظروف الاستثنائية Théorie des circonstances exceptionnelles ، وهى ظروف تؤدى إلى توسيع نطاق قواعد المشروعية العادية ، بحيث تصبح التصرفات غير المشروعة فى الأوقات العادية ، تصرفات مشروعة فى الظروف الاستثنائية[٢] .

٣ – أعمال الحكومة أو السيادة Actes de gouvernement ou de souveraineté ، وهذه هى أخطر امتيازات الإدارة على الإطلاق ، لأنها تخولها إصدار قرارات إدارية لا تسأل عنها أمام أى جهة قضائية ، فهى فى الحقيقة ثغرة فى نطاق المشروعية .

الشرعية الادارية

٥٣٨ – لما كان موضوع دراستنا ينصب على رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، فسوف تقصر بحثنا على خضوع السلطة الإدارية للقانون ، دون أن نعرض لسائر السلطات الأخرى. ونسارع إلى القول بأنه لا توجد فى الدول العصرية إدارة تحكمية كلية ، لا تخضع إرادتها لأى نوع من القيود والقواعد . ولكن ليست كل قاعدة تحمل صفات القاعدة القانونية ، فخضوع الإدارة لقواعد داخلية محضة ، تلزم عمالها تجاه رؤسائهم فقط ، ولا تلزمهم فى مواجهة المحكومين ، لا يعد خضوعاً منها للقانون ، إذ أن مخالفة هذه القواعد لا ترتب أى حق فى شكوى للأفراد المضرورين ، وإنما تؤدى فقط إلى توقيع جزاء تأديبى من الرؤساء على رجال الإدارة المخالفين[٣].

---

(١) أنظر فى السلطة التقديرية والسلطة المقيدة ، نظرية التعسف فى استعمال السلطة ، و « النظرية العامة للقرارات الإدارية » للدكتور سليمان الطماوى .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع « مبادىء القانون الإدارى » للدكتور الطماوى .

(٣) أنظر Droit administratif ، Jean Rivero ، طبعة رابعة سنة ١٩٧٠ ، مجموعة Précis Dalloz ، ص ١٤ .

٥٣٩ – وتعنى الشرعية الإدارية التزام كافة الأجهزة الإدارية فيما تقوم به من أنشطة وأعمال بالقانون . وبعبارة أدق بالشرعية ، أى بمجموعة القواعد القانونية المطبقة فى الدولة . ونعرض فيما يلى لمطالب ثلاثة هى : ما الذى يخضع للقانون ، وما معنى الخضوع للقانون ، وما هو المقصود بالقانون أو ما هى مصادر الشرعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة فى مصر وفى فرنسا .

المطلب الأول

ما الذى يخضع للقانون

٥٤٠ – يطبق مبدأ المشروعية على الإدارة فى كافة مظاهرها ، فى اختصاصاتها وفى أعمالها . وفكرة الإختصاص من أهم علامات خضوع الإدارة للقانون ، ومن أوضح شواهد دولة القانون . ذلك لأن مضمون الاختصاص ليس إلا تحديد المهام التى تلتزم الأجهزة الإدارية بالقيام بها ، وهو بذلك ينشىء التزام تلك الأجهزة بالتصرف فى حدود وظائفها فقط . فلا يستطيع أى عامل من عمال الإدارة اتخاذ أى قرار أو القيام بأى عمل يلزم الأفراد ، ما لم يكن مخولا هذا الإختصاص من قاعدة قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة ، وأن يباشره بالأوضاع المحددة فى تلك القاعدة . فالنظرة الحديثة السائدة الآن أن ما تتمتع به الإدارة من اختصاصات ليس امتيازات وسلطات ، وأن القانون الإدارى ليس قانون امتيازات ، إنما هو قانون خضوع . إذ قبل نشأة هذا القانون كانت تملك الإدارة من السلطات بقدر ما تملك من أسباب القوة المادية . ثم ولد القانون الإدارى واضطرد فى النمو ، واضعاً الضوابط والقيود على سلطات الإدارة وامتيازاتها السابقة . ففكرة الاختصاص إذن لصيقة الصلة بمبدأ المشروعية[١] .

٥٤١ – ويخضع لقواعد الشرعية كافة ما يصدر عن الإدارة من أنشطة وتصرفات وأعمال ، ما اندرج منها تحت لواء القانون الخاص ، وما دخل فى مجالات القانون العام[٢] .

---

(١) أنظر François - Paul Benoit ، Le Droit Administratif Française مكتبة دالوز باريس سنة ١٩٧٠ ، ص ٧٦ و ٧٧ .

(٢) عبد الحميد حشيش فى مذكراته لقسم الدكتوراه سالفة الذكر .

وتنقسم أعمال الإدارة(١) إلى قسمين كبيرين :- الأعمال المادية ، actes matériels والأعمال القانونية actes juridiques . فالأعمال المادية هي ما يصدر عن الإدارة من أعمال ، دون أن تتجه إرادتها إلى إحداث أثر قانوني معين ، أي تغيير في المراكز القانونية القائمة . فقيام الإدارة بشق ترعة أو هدم منزل أو وضع تقرير أو إدارة مصنع ، يعتبر من الأعمال المادية ، حيث إن الإدارة لم تقصد تحقيق أي نتائج قانونية من وراء هذه الأعمال ، وإنما اتجهت نيتها إلى إشباع حاجات الأفراد مباشرة . بيد أنه لا يفهم من هذا ، أن الأعمال المادية لا ترتب أي نتائج قانونية ، وإنما غاية ما في الأمر أن إرادة الإدارة لم تتجه عند قيامها بهذه الأعمال إلى تحقيق تلك النتائج . فهدم منزل آيل للسقوط أو شق ترعة قد يؤديان إلى الإضرار بحياة وحقوق المواطنين ، مما يرتب المسئولية القانونية للإدارة ، ولكن لم تنصرف نية الإدارة ، عند قيامها بهدم المنزل أو شق الترعة ، إلى إحداث هذا الأثر القانوني .

والأعمال القانونية ، على خلاف سابقتها ، تعد من مظاهر إرادة الإدارة المتجهة نحو إحداث آثار قانونية ، أي تغيير في المراكز القانونية ، سواء بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو بتعديل المراكز القائمة . ومن أمثلة ذلك : إبرام عقد ، إصدار قرار بتعيين موظف أو فصله ، إصدار لائحة . فصدور قرار بتعيين موظف أو فصله ، هو عمل قانوني اتجهت فيه إرادة الإدارة نحو تغيير مركز شخص معين ، سواء بإنشاء رابطة وظيفية بينه وبينها أو إنهاء الرابطة القائمة(٢) .

(١) أنظر في التقسيمات المختلفة للأعمال ، Michel D. Stassinopoulos Traité des Actes Administratifs ، أثينا ١٩٥٢ ، ص ٧٩ وما بعدها .

(٢) فرقت المحكمة الإدارية العليا بين العمل المادي والقرار الإداري ، وهو من صور العمل القانوني ، بقولها « . . . ويبين من هذا النص أن ما قامت به وزارة المعارف في حق المطعون عليه لم يكن في حقيقته عملا مادياً هو مجرد الإمتناع من تسليم شهادة الكفاءة المطلوبة كما ذهب إلى ذلك بغير حق الحكم المطعون فيه وإنما هو تصرف إرادي في حدود سلطة الوزير التقديرية أريد به إنشاء مركز قانوني ضار به بعد أن تدبرت الوزارة أمره واطلعت على حالته في التدريس فوجدته غير جدير باستحقاق مؤهل الكفاءة للتعليم الأولي » المحكمة الإدارية العليا ، ٢٩ فبراير ١٩٦٤ الجزء الثاني ، ص ١٧٢٥ وما بعدها .

أنواع الأعمال القانونية

٥٤٢ — لا تنتمي الأعمال القانونية إلى فصيلة واحدة ، بل يمكن تقسيمها من الناحية الشكلية ومن الزاوية المادية . ويقوم التقسيم الشكلي على أساس الأوضاع التي تظهر فيها الإرادة التي يعد العمل تعبيراً عنها ، ونميز هنا بين : ١ — الأعمال الصادرة من الإدارة وحدها actes unilatéraux ومثلها الظاهر القرارات الإدارية . ٢ — الأعمال الصادرة من جانبين actes bilatéraux ، وهي تستلزم لإنتاجها لآثارها توافق إرادتين : إرادة الإدارة وإرادة شخص آخر ، وصورتها العقود على اختلاف أنواعها . ٣ — الأعمال المتعددة الأطراف actes plurelatéraux ، وهي التي يستلزم القانون لصحة انعقادها توافق عدة إرادات ، ومن آيات ذلك القرارات التي تصدر بناء على مداولة من بعض المجالس واللجان . ويرتكز التقسيم المادي للأعمال القانونية كما بينته مدرسة بوردو بزعامة ديجي ، على الأثر الذي تحدثه في المراكز القانونية . ونجد من هذه الزاوية ثلاث صور للأعمال القانونية(١) :

١ — الأعمال المشرعة actes réglementaires : وهي تلك التي تتضمن قواعد تتسم بالعمومية والتجريد . وبذلك تعد قانوناً من الناحية الموضوعية . وأثر الأعمال المشرعة يؤدي إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة غير شخصية ، أي متماثلة بالنسبة لكافة الأفراد الموجودين في نفس الظروف . ولا عبرة في ذلك بعدد الأشخاص الذين تطبق عليهم تلك الأعمال (. . . فكثرة الحالات وقلتها لا يغير من طبيعة القرار التنظيمي موضوع الطعن ما دام القرار قد حوى قاعدة عامة موضوعية تطبق على أشخاص معينين بأوصافهم لا بذواتهم فكل من توافرت فيه الأوصاف القانونية التي أبانها القرار له حق الإنتفاع به . . . »(٢) . ومن صور الأعمال المشرعة اللوائح المختلفة التي تختص الإدارة بإصدارها . فلائحة المرور

(١) راجع ميشيل ستاسينو بولوس ، المرجع السابق ص ٨١ وما بعدها — سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ١٩٥٧ ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) محكمة القضاء الإداري ، ٤ يونيه ١٩٥٣ ، المجموعة السنة السابعة ، المجلد الثالث ، ١٤٦٠ و ١٤٦١ .

مثلا تحدد الحقوق والالتزامات الخاصة بالأشخاص الذين يستعملون الطرق العمومية وتطبق عليهم على نمط متماثل .

٢ — الأعمال الفردية أو الذاتية actes individuels ou subjectifs : وهي المجال الخصب لنشاط الإدارة ، ذلك لأن الوظيفة الأصيلة للإدارة ليست فى وضع قواعد عامة مجردة ، وإنما فى تطبيق تلك القواعد بقرارات فردية على الأفراد . وتؤدى هذه الأعمال ، على خلاف سابقتها ، إلى المساس بمركز قانونى ذاتى أو شخصى أى متعلق بفرد معين بالذات . فهى ذات أثر منشىء مولد لحالة قانونية جديدة ، لمركز فردى شخصى ، أى محدد بطريقة خاصة تجاه الشخص المخاطب بالعمل ، سواء كان ذلك لصالحه أو فى مواجهته (١) . فالقرار الذى تصدره الإدارة بنزع ملكية عقار معين ، وكذلك العقد الذى تبرمه مع أحد الأشخاص يعد من الأعمال الذاتية أو الشخصية (٢) .

٣ — الأعمال الشرطية actes-conditions : وهى لا تنشىء مراكز قانونية جديدة بالمعنى الصحيح ، وإنما يترتب عليها وضع شخص معين فى مركز قانونى عام غير شخصى ، أى تطبيق نص قانونى سابق الوجود على هذا الشخص . فالمراكز القانونية العامة والموضوعية ، المتولدة عن الأعمال المشرعة ، لا تطبق تلقائياً على الأشخاص والحالات المجردة ، وإنما يلزم لتطبيقها تدخل عمل قانونى آخر ، هذا العمل الوسيط هو الشرط لتطبيق القاعدة العامة ، ومن أجل هذا حملت تسمية العمل الشرطى . فيعد أعمالا شرطية تعيين موظف ، ومنح جنسية لأجنبى ، والاشتراك فى جمعية .

(١) بنوا ، المرجع السابق ، ص ٥٢٤ .

(٢) بينت المحكمة الإدارية العليا الفارق بين القرار الفردى والقرار التنظيمى العام فى العبارة التالية : « إن القرار التنظيمى العام يولد مراكز قانونيـــة عامة أو مجردة بعكس القرار الفردى الذى ينشىء مركزاً قانونياً خاصاً لفرد معين ، وإذا كان صحيحاً أن القرار الفردى تطبيق أو تنفيذ للقانون فإنه فى الوقت ذاته مصدر لمركز قانونى فردى أو خاص متميز عن المركز القانونى العام المجرد المتولد عن القانون ومن ثم فلا يمكن القول بأن العمل الإدارى الذى يكون تطبيقاً لنص عام مقيد لا ينشئ أو يعدل مركزاً قانونياً ، لأن كل قرار إدارى منشىء لمركز قانونى هو فى الوقت ذاته تطبيق تنفيذى لقاعدة قانونية أعلى » — ٨ يونيه ١٩٦٥ مجموعة أبو شادى جـ ٢ ص ١٧٢٣ وما بعدها .

والعمل فى كل هذه الحالات لم ينشىء مركز الموظف أو الوطنى أو عضو الجمعية ، وإنما وضع شخصاً محدداً فى نطاق تطبيق النظم السابق وجودها . وهو من هذه الناحية يفترق عن القرار الفردى ، الذى ينشىء مركزاً قانونياً جديداً(١) .

٥٤٣ — هذا ولا تخلو التقسيمات السابقة لأنشطة الإدارة من فائدة عملية فى خصوص دراستنا لمبدأ المشروعية ، ذلك أنه يتوقف على تقسيم أعمال الإدارة إلى مادية وقانونية ، تحديد الجهـــة القضائية التى تمارس الرقابة على هذه الأعمال ، فمن المعروف أن القضاء الإدارى فى مصر لا يختص — كقاعدة عامة — بنظر دعاوى المسئولية الناجمة عن أعمال الإدارة المادية . كما أن جزاء خروج العمل على القواعد الشرعية يختلف باختلاف نوعه . فالأعمال القانونية ، المتخذة شكل قرارات إدارية ، تخضع للإلغاء ، بينما لا يتصور توقيع هذا الجزاء فى حالة الأعمال المادية التى يقتصر الجزاء فيها على إلزام الإدارة بتدارك آثارها وإعادة الحال إلى ما كان عليه ، فضلا عن التعويض عما سببته من أضرار .

٥٤٤ — وتقسيم الأعمال القانونية ، سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية ، عظيم الأهمية : فمن حيث التقسيم الشكلى نجد أن تعديل أو إنهاء الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد أو من إرادتين أو عدة إرادات ، لا بد حتى يكون مشروعاً ، أن يتم كقاعدة عامة بإرادة مماثلة لتلك التى أنشأتها . فلا تستطيع الإدارة مثلا إنهاء أحد عقودها أو تعديلها ، بإرادتها المنفردة ، خارج الامتيازات التى تخولها لها نظرية العقد الإدارى . كما أنه يلزم لإدخال أى تعديل على الأعمال المتعددة الأطراف ، مثل قرارات المجالس واللجان ، من توافق نفس الإرادات التى أنشأت العمل على هذا التعديل .

ولا يخلو تصنيف الأعمال من الزاوية المادية إلى شخصية فردية وتنظيمية لائحية وشرطية ، من فوائد كبيرة . فمن حيث الإختصاص نجد أن القضاء الإدارى ، خاصة فى فرنسا ، قد استقر على اعتبار القرارات التنظيمية أى اللوائح من مجالات القانون العام ، ولو تعلقت بمراكز قانونية تابعة لقانون

(١) راجع نقد ستاسينو پولوس لهذه التفرقة ، مؤلفه السابق ، ص ٨١ و ٨٢ .

الخاص ، أو ورد نص خاص بخضوعها لرقابة المحاكم القضائية . وعلى ذلك ينعقد الإختصاص فى فحصها للقضاء الإدارى ، مع مراعاة سلطة القاضى العادى فى تفسيرها أو تقدير صحتها فى بعض الحالات(١) .

ومن ناحية أخرى فإن نتائج عدم الشرعية تختلف باختلاف نوع العمل . فالأعمال المشرعة يمكن الدفع بعدم شرعيتها فى كل وقت ، حتى بعد فوات ميعاد الطعن بالإلغاء ، بينما الأعمال الفردية لا يمكن – كقاعدة عامة – إثارة هذا الدفع بعد فوات ذلك الميعاد(٢) . هذا فضلا عن أن إمكانية تعديل المراكز القانونية المتولدة عن تلك الأعمال ، سواء عن طريق السحب أو الإلغاء ، يتوقف على نوع العمل نفسه . فمثلا الأعمال المشرعة يجوز إلغاؤها ، إذ هى تنشىء فقط مراكز عامة أو موضوعية . أما الأعمال الذاتية أو الشخصية فالمبدأ العام أنه لا يجوز إلغاؤها بحكم ترتيبها لمراكز شخصية أو ذاتية .

وبالنسبة للأعمال الشرطية فإن كانت ذات محمول فردى فإنه لا يجوز إلغاؤها ، إذ قد خولت الشخص صفة فى اقتضاء احترام النظم المقررة . أما الأعمال الشرطية ذات المحمول العام فحكمها حكم الأعمال المشرعة(٣) .

وبذلك يبين أن الإدارة فى اختصاصاتها وفى كافة مظاهر نشاطها تخضع لمبدأ المشروعية . ولكن ما المقصود بخضوع الإدارة للقانون ؟ .

المطلب الثانى

معنى الخضوع للقانون

٥٤٥ – يثور هنا تساؤل هام عن كيفية تحديد مبدأ الشرعية لأنشطة الإدارة وعن ماهية الالتزامات التى يفرضها على الإدارة . وللإجابة على هذه التساؤلات يحسن أن نفصل بين أعمال الإدارة الإيجابية وأعمالها السلبية ، فالإدارة قد يصدر عنها نشاط معين أى تتخذ موقفاً إيجابياً ، كما أنها قد تمتنع

(١) أنظر André de Laubadere, Traité Elémentaire de Droit Administratif سنة ١٩٦٧ ، المجلد الأول ص ٢٠٤ و ٢٠٥ .

(٢) ستاسينوبولوس ؛ المرجع السابق ، ص ٦٤ .

(٣) بيوا ، المرجع السابق ، ص ٥٦٨ و ٥٦٩ .

عن اتخاذ موقف معين ، وهى فى ذلك كله تخضع للقانون ، فما المقصود بخضوعها للقانون فى الحالتين ؟

١ – الأعمال الإيجابية : تشمل الأعمال الإيجابية كافة أعمال الإدارة من مادية إلى قانونية ، على النحو الذى سبق بيانه . وقد أبان الفقيه أيزنمان(١) أن الخضوع للقانون يأخذ أحد معنيين : المعنى الأدنى وهو عدم التعارض مع القانون non-contrariété ، والمعنى الأقصى وهو التوافق أى التشابه مع القانون conformité .

المعنى الأدنى : يكون عمل الإدارة مشروعاً – وفقاً لهذا المفهوم – إذا لم يكن هناك تعارض أو تصادم بينه وبين نص القانون . ويقوم التصادم بين القواعد الصادرة من الإدارة (العمل الإدارى) والقانون سواء فى عملية سنها أو فى مضمونها . فقد يقع التعارض عند وضع القاعدة أى عند سنها ، كأن تصدر من سلطة إدارية غير مختصة أو وفقاً لإجراءات وأشكال غير قانونية . كما قد يقع التنافر بين مضمون العمل الإدارى وبين قاعدة تشريعية ، كأن يصطدم نص لائحى مع نص تشريعى بأن يخضع مثلا طائفة من الناس لالتزام معين بينما لا يدرجها القانون فى طوائف الخاضعين .

المعنى الأقصى : وفى هذه الحالة لا يكفى مجرد عدم التعارض ، وإنما لا بد من التشابه والتطابق بين عمل الإدارة وبين التنظيم التشريعى . أى يجب أن يتخذ عمل الإدارة من التنظيم التشريعى نموذجاً له . فبالنسبة لعملية وضع القواعد الإدارية (العمل الإدارى) ، يجب أن تتم مطابقة للإجراءات المحددة فى التشريع ، فتصدر من أعمال الإدارة المنصوص عليهم فى القانون ، ويقوم كل منهم بالعمل الذى تنيطه به النصوص دون أن يتجاوزها أو يخرج عليها . ولا يكون مضمون العمل الإدارى مشروعاً ، وفقاً لهذا المعنى ، إلا

(١) Charles Eisenmann ، محاضراته فى القانون الإدارى لقسم الدكتوراه بجامعة باريس سنة ١٩٥٧ و ١٩٥٨ ، ص ٧١ – ١٠٧ . وكذلك مقاله المعنون : Le droit administratif et le principe de la légalité والمنشور بمجلة مجلس الدولة الفرنسى سنة ١٩٥٧ ، ص ٢٥ وما بعدها .

وانظر عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها .

إذا سار على نموذج التشريع . فمثلا تصدر القرارات الإدارية الخاصة بترقية الموظفين وتأديبهم وفقاً للشروط التى تحددها نصوص التشريعات .

ولا يعنى وجود هذين المفهومين لفكرة خضوع الإدارة للقانون ، أنهما لا يتحدان أبداً ، فثمة حالات تتوافق فيها الفكرتان وتختلطان بصفة مطلقة . فعندما يحتم القانون على الإدارة اتخاذ موقف محدد بالذات فى ظروف معينة ، ولا يبيح لها اتخاذ موقف آخر ، فى هذه الحالة يكون كل سلوك مغاير تتخذه الإدارة ، على خلاف ما هو مبين بالقانون ، متعارضاً معه وغير متوافق فى نفس الوقت . وهناك حالات أخرى لا يختلط فيها المعنيان الأدنى والأقصى للشرعية ، فيكون العمل الإدارى غير متعارض مع القانون ، (المعنى الأدنى) ولكنه لا يكون متوافقاً معه (المعنى الأقصى) ، وعندئذ يقع الخلاف حول مشروعية العمل الإدارى بين أنصار المذهبين . فعندما يتخلف التنظيم التشريعى فى مسألة من المسائل ، لا يمكن تصور التعارض والتصادم بين تصرف الإدارة وبين القانون ، طالما أن المشرع لم يسن تنظيماً يعتبر نموذجاً يتحتم على الإدارة السير على منواله . ولكن فى هذه الحالة لا يكون تصرف الإدارة متوافقاً أى متشابهاً مع التشريع .

ومن ذلك يبين أن فكرة عدم التعارض فكرة سلبية ، بينما المعنى الأقصى للخضوع للقانون يتضمن رابطة إيجابية[1] .

موقف القانون الوضعى

٥٤٦ — بعد هذا العرض لمفهومى مخالفة القانون ، يتعين علينا بيان موقف القانون الوضعى فى هذا الصدد .

مما لا شك فيه أن نشاط الإدارة ، حتى يكون مشروعاً ، ينبغى ألا يكون متعارضاً أو متصادماً (المعنى الأدنى) مع القانون ، وإلا أهدرنا كل قيمة للقاعدة القانونية . ولكن هل يلزم لاكتساب العمل صفة الشرعية أن يكون متوافقاً أو متشابهاً مع القانون ؟

نفرق هنا بين حالة التنظيم التشريعى المفصل الذى يحدد للإدارة مسلكاً واحداً لا تستطيع الحيدة عنه ، وبين الحالة التى يترك فيها القانون للإدارة

(١) أيزمان ، محاضرات قسم الدكتوراه سالفة الذكر ص ٧٥ و ٧٦ .

حرية التصرف . فى الحالة الأولى يختلط مفهوما الشرعية ، ويصبح التصرف المشروع هو المطابق للقانون . أما فى الحالة الثانية فنرى أنه يكفى ألا يكون العمل الإدارى متعارضاً مع القانون حتى يكون مشروعاً . وبذلك يبين أن المعنى الأدنى للشرعية يكوّن قاعدة عامة فى القانون الإدارى ، بينما المعنى الأقصى يرد كاستثناء على القاعدة العامة[1] ، يطبق فى حالة التنظيم التشريعى المفصل .

ومما يؤكد هـذا المعنى أن السلطة الإدارية أصبحت تتمتع بسلطات واسعة شاملة لكافة النواحى الاقتصادية والاجتماعية ، فضلا عن اختصاصاتها التقليدية فى حفظ الأمن وإقامة شعائر العدالة . كما أن الدساتير والتشريعات الحديثة ، خاصة فى الدول ذات النزعات الإشتراكية ، قد أغدقت على الجهات الإدارية كثيراً من السلطات والاختصاصات ، فى عبارات ذات محمول عام واسع ، مما يجعل من السهولة عليها أن تجد سنداً شرعياً لأنشطتها[2] . فمثلا المادة ١٣٣ من دستور مارس ١٩٦٤ تنص على أن « تتولى الحكومة تنظيم وتنفيذ المهام الإقتصادية والثقافية الخاصة بالبناء الإشتراكى ، ورفع معيشة الشعب العامل ، وانتهاج سياسة خارجية سليمة » . فالمهام التى أناطتها هذه المادة بالحكومة من السـعة والشمول ، بحيث يتعذر القيام بها ، إذا استلزمنا لشرعيتها أن تكون مطابقة أى مشـابهة للقانون بالمعنى الذى شرحناه[3] .

٢ — الأعمال السلبية : هل تخضع الإدارة فى أعمالها السلبية لمبدأ المشروعية ؟ أى هل تخلّف الإدارة وامتناعها عن ممارسة اختصاصاتها الإدارية يمكن أن يكون عدم مشروعية ؟

الأصل أن مبدأ الشرعية يقضى ، ليس فقط بإلزام الإدارة باحترام الشرعية فى أعمالها الإيجابية ، وإنما أيضاً فى مواقفها السلبية أى فى امتناعاتها ،

(١) مؤلف R. Drago و J. M. Auby ، المعنون Traité du Contentieux Administratif ، باريس سنة ١٩٦٢ ، المجلد الثالث ، ص ٥ .

(٢) راجع على سبيل المثال المواد ١٢١ و ١٢٢ و ١٢٣ ، و ١٣٣ و ١٣٤ و ١٣٥ و ١٥١ من دستور الجمهورية العربية المتحدة الصادر فى مارس سنة ١٩٦٤ .

(٣) راجع الآراء المخالفة : د . محمد فؤاد مهنا ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ١٩٥٦ ص ٥ وما بعدها .

فهو قد يؤدى إلى إلزامها بالتصرف فى بعض الحالات وفى حدود معينة .

والقاعدة العامة أنه إذا وجد نص يلزم الإدارة اتخاذ إجراء معين ، فإن امتناعها عند توافر الحالة المبينة بالنصوص يكون مخالفة للقانون . ويكون هذا عادة فى أعمالها الفردية ، فى حالة الاختصاص المقيد بطلب من ذوى الشأن أو بسبب حلول أجل معين(١) . وتتمتع الإدارة بسلطة واسعة فى تقدير الوقت الملائم لتدخلها ، فى عملها اللائحى ، بحيث لا يكون امتناعها مخالفة للقانون . إلا أنه يرد على هذا الأصل العام عدة استثناءات أهمها : وجوب تدخل الإدارة خلال مدة معقولة فى حالة الإجراءات اللائحيـة الضرورية لتنفيذ التشريعات وإلا كان امتناعها خروجاً على القانون(٢) . والاستثناء الثانى يتمثل فى التنظيم اللائحى فى مسائل الضبط ، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسى بوجوب تدخل الإدارة عن طريق التنظيم اللائحى لوقف الخطر الجسيم الذى يهدد النظام والسكينة العامة والأمن(٣) .

وبعد أن انتهينا من دراسة ماهية النشاط الإدارى الذى يخضع للقانون ، ومعنى خضوع الإدارة للقانون ، نفرغ إلى دراسة مصادر القاعدة القانونية التى تلتزم الإدارة باحترامها ، ونبدأ بالمصادر غير المكتوبة وهى مبادئ القانون العام والعرف ، ثم نثنى بالمصادر المكتوبة وهى القضاء والقرارات الإدارية السابقة والعقود(٤) ، ثم نتكلم عن أهم هـذه المصادر : الدستور والتشريع واللوائح ، ونعرض بعد ذلك لأهم التشريعات المانعة من التقاضى ومدى دستوريتها ، ثم نتحدث عن كلتا المحكمتين العليا والدستورية والمبادئ التى قررتها أولاهما فى شأن تلك التشريعات . ونختم فى النهاية هذا الفصل ببيان أثر الجهل بالقاعدة القانونية والخطأ فى تفسيرها وفى تطبيقها على الوقائع .

(١) عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٢٧ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى ٢٧ نوفمبر ١٩٦٤ قضية **Dame V. Benard** مجموعة أحكام المجلس ص ٥٩٠ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى ٢٣ أكتوبر ١٩٥٩ قضية **Doublet** ، مجموعة أحكام المجلس ص ٥٤٠ .

(٤) ونحن فى هذا نذهب مع العميد فيدل فى توسعه فى مصادر الشرعية دون أن تقصرها على القواعد العامة التنظيمية ، ذلك أن القرارات الإدارية الفردية والعقود هى فى حقيقتها قواعد فردية **normes particulières** والمعروف أن القاعدة القانونية تتصف بالعمومية والتجريد ، والقواعد الفردية ليست ملزمة فى حد ذاتها وإنما بحسبانها تطبيقاً لقاعدة عامة ومجردة .

١ – مبادئ القانون العام

٥٤٧ – يرى البعض ضرورة تقنين القانون الإدارى ، وأن نشوء فكرة « المبادئ العامة للقانون » التى كثيراً ما يلجأ إليها القضاء الإدارى فى أحكامه ، ويشير إليها الفقه ويقوم بدراستها اعتباراً بأنها تكوّن نظرية عامة ، من شأنه أن يسهّل عملية التقنين تلك . وقد قامت محاولة التقنين فى مصر منـذ بداية عام ١٩٥٦ ، كما قامت محاولات مماثلة للمحاولة المصرية فى بعض الدول مثل فرنسا وإيطاليا وأسبانيا ، ولكنها جميعاً لم تصل من الطموح إلى درجة العمل على إصدار مجموعة إدارية على غرار المجموعة المدنية ، وإنما اقتصرت على مجرد التجميع والتنسيق بين القوانين الإدارية المختلفة . وقد أصبح أمراً مفروغاً منه ، أن القانون الإدارى سيبقى إلى حد كبير معتمداً على القضاء فى وضع الحلول الملائمة للمشاكل المتجددة والمتنوعة والمتغيرة التى تثيرها الحياة الإدارية ، ولذلك سيظل محتفظاً بطابعة القضائى الواضح(١).

٥٤٨ – وتعد المبادئ العامة للقانون **Les principes généraux du droit** من المصادر الهامة غير المدونة للشرعية ، ويقوم القاضى باستخلاصها من معطيات مختلفة بعضها مدوّن فى نصوص والبعض الآخر غير مكتوب ، ففى كل دولة يوجد ما يسمى بالمدنية القانونية ، تقوم على عدد من المبادئ والقيم ، بعضها يترجم فى نصوص ، وبعضها الآخر يقوم القاضى باستظهاره فى أحكامه . وقد قام الفقيه ريفيرو بتصنيف المبادئ العامة إلى أربعة أقسام : المبادئ المستوحاة من إعلان الحقوق سنة ١٧٨٩ والمبادئ المستمدة من القانون الخاص وقانون المرافعات المدنية ، والمبادئ النابعة من طبيعة الأشياء والمبادئ المقررة للعدالة الخالصة .

٥٤٩ – والواقع أن التشريع يقوم فى الدولة الحديثة على عدد من القواعد الأساسية ترددها الدساتير وإعلانات الحقوق ، ولهذا فإنها تعتبر الأساس الذى تقوم عليه التشريعات والقواعد القانونية المختلفة . وقد جرى مجلس الدولة الفرنسى على الرجوع إلى تلك القواعد واعتبارها الأساس فى رقابته لمشروعية

(١) ثروت بدوى ، مبادىء القانون الإدارى ، المجلد الأول ١٩٦٦ ص ٩٣ و٩٤ .

أعمال الإدارة ما دام المشرع لم يظهر نيتــه الصريحة فى الخروج عليها [1] بحسبانها ضرورية لتكلة الصرح القانونى الذى يتعين أن تتطور الأمة فى نطاقه بمراعاة المنظمات السياسية والاقتصادية للدولة ، وأن مخالفة هذه المبادىء تستتبع ذات الجزاء المقرر لمخالفة القانون المكتوب ، أى إلغاء القرار الذى يصدر بالمخالفة لها ، وتقرير مسئولية السلطة التى تصدر القرار .

٥٥١ — وفيما يلى بعض القواعد التى استخلصها مجلس الدولة الفرنسى وترددت أصداؤها فى قضاء مجلس الدولة المصرى [2] :

١ — مبدأ وجود حريات فردية لا يملك غير المشرع تقييدها . فقد تنص الدساتير على مختلف هذه الحريات ، وقد تدرجها الدولة فى إعلان للحقوق منفصل عن الدستور [3] ، وهذا يسهل رقابة القضاء الإدارى . ويكون لمبادىء القانون العام أهميتها التامة فى حالة إغفال الدستور النص على الحريات العامة ، أو اقتصار الدستور على ذكر بعض الحريات الرئيسية على سبيل المثال ، فحينئذ يكون القول الفصل فى مدى هذه الحريات وأوضاعها لمبادىء القانون العام كما يستخلصها القانون الإدارى .

وقد أقر مجلس الدولة المصرى هذه المبادئ ، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا [4] الذى تقرر فيه أنه « . . . لا تثريب على الموظف فى إبداء رأيه إن كان معتداً بنفسه ، واثقاً من سلامة نظره ، شجاعاً فى إبداء رأيه ،

(١) وكان مجلس الدولة الفرنسى يتحاشى استعمال اصطلاح المبادىء العامة للقانون فى أحكامه حتى نهاية الحرب العالمية الثانية ، إلا أنه اضطر بعد ذلك إلى الاعتراف بها صراحة إزاء كثرة اعتداء الإدارة على الحريات والحقوق بسبب ظروف الحرب . أما القضاء الإدارى العربى فقد دأب على اعتبار المبادىء العامة القانونية من مصادر المشروعية دون تردد ، وهو يستخدم فى ذلك تعبيرات متعددة مثل « المبادىء العليا الدستورية وأوليات المبادىء القانونية المسلمة » والعدالة المجردة وضمير الإنصاف .

(٢) راجــع الدكتور الطماوى فى المرجع السابق ص ٨٤٥ — ٨٥٧ — وانظر **Benoit Jeanneau : "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative" 1954 .**

(٣) على نحو ما فعلت فرنسا فى بعض مراحلها الدستورية . وانظر ما ذكرناه من الميثاق عندنا هامش ص ٦٧٠ و٦٧١ .

(٤) ١٥ مايو سنة ١٩٦٥ ، مجموعة أبو شادى ص ٢٧٩ . وراجع حكمها الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٥ ص ٢٧٧ من ذات المجموعة .

صريحاً فى ذلك أمام رئيسه لا يداور ولا يرائى ، ما دام هو لم يجانب ماتقتضيه وظيفته من تحفظ ووقار . ذلك . . أن الصراحة فى إبداء الرأى بما فيه وجه المصلحة العامة مطلوبة وخصوصاً فى الدولة الاشتراكية حتى لا تضيع تلك المصلحة العامة فى تلافيف المصانعة والرياء وتتلاشى بعوامل الجبن والاستخذاء . . . . إذ الحقيقة دائماً هى وليدة اختلاف الرأى لا يجليها إلا قرع الحجة بالحجة ، ومناقشة البرهان بالبرهان . . . . » .

٢ — مبدأ مساواة المواطنين : **Principe d'égalité des citoyens**

فمساواة المواطنين أمام القانون بما يخوله من مزايا وما يفرضه من أعباء من أهم الأسس التى تقوم عليها الدولة الحديثة . . وإذا كان هذا المبدأ مفروضاً فى معظم الحالات بنص ، فإن رقابة القضاء هى التى تبين حدوده وأوضاعه . فنرى مجلس الدولة الفرنسى يردد « مبدأ المساواة أمام المرافق العامة » [1] . ويلغى قرار الإدارة الذى صدر بالمخالفة لهذا المبدأ [2] .

كما أقر مبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة **Les Charges publics** [3] ، وفى الانتفاع بالخدمات العامة [4] ، وفى استعمال المــال العام [5] ، ومساواة المتسابقين للحصول على وظيفة معينة ، أو للحصول على درجة عامية معينة [6] ، والمساواة بين الجنسين [7] .

وقد أقر مجلس الدولة المصرى بدوره أيضاً مبدأ المساواة السابق . ومن ذلك ما قرره من أنه « لا مشاحة فى أن المبادئ العليا الدستورية تقضى بمساواة

(١) **Principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics .**

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٩ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية **Société des concerts du conservatoire** مجموعة سيرى سنة ١٩٥١ القسم الثالث ص ٨١ .

(٣) ٧ فبراير سنة ١٩٥٨ فى قضية **Syndicat des propriétaires des forêts de chênes - lièges d' Algérie** المجموعة ص ٧٤ .

(٤) أول إبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية **Société L'alcool dénaturé** المجموعة ص ٣٣٧ .

(٥) ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٦ « **Biberon** » المجموعة ص ٤٠٣ .

(٦) ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ **Jourde et Malville** المجموعة ص ٥٠٨ .

(٧) ٣ يوليو سنة ١٩٣٦ **Dalle Bobard** .

المرأة بالرجل فى الحقوق والواجبات ، ومقتضى هذه المساواة عند تطبيقها على الوظائف والأعمال العامة ، هو عدم جواز حرمان المرأة على وجه مطلق من تولى هذه الوظائف والأعمال ، وإلا كان فى ذلك تعارض مع مبدأ المساواة ، وإخلال بهذا المبدأ الجوهرى من المبادئ العليا الدستورية »(١) .

٣ – وجود حقوق للدفاع Existence des droits de la défense

إن مبادئ القانون العام الحديث تفرض هذه الحقوق ، بحيث يكون إخلال الإدارة بها موجباً للبطلان ومستتبعاً الحكم بالإلغاء ، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الذى قرر أن « إغفال إيراد قاعدة تنظيمية عامة لما يجب أن يراعى من أوضاع ، ويتبع من إجراءات فى شأن التحقيق والمحاكمة التأديبية ، لا يعنى أن سلطة المجلس التأديبى فى هذا الصدد مطلقة لا تخضع لقيد ولا تعرف لمداها حداً ، وأن سير المحاكمة يجرى على غير أصول أو ضوابط ، إذ أن ثمّ قدراً من الضمانات الجوهرية يجب أن يتوافر كحد أدنى فى كل محاكمة تأديبية ، وهذا القدر تمليه العدالة المجردة وضمير الإنصاف والأصول العامة فى المحاكمات وإن لم يرد عليه نص ، ويستلهم من المبادئ الأولية المقررة فى القوانين الخاصة بالإجراءات . . ومن هذه الضمانات تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه ، وتحقيق دفاعه ، وحيدة الهيئة التى تتولى المحاكمة ، وتسبيب القرار الصادر بالجزاء التأديبى بما يكفل الاطمئنان إلى صحة وثبوت الوقائع المستوجبة لهذا الجزاء ، واستظهار الحقائق وأدلة الإدانه . . »(٢) .

٤ – الأصل هو الإباحة : طبقت محكمة القضاء الإدارى المصرية هذا المبدأ حين قالت « . . . إن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم المدارس الحرة لم يشترط فيمن يعمل ناظراً بمدرسة حرة أن يكون مصرياً ، ومفهوم ذلك أن القانون لم يمنع الأجانب من العمل بالمدارس الحرة ، ومن ثم فلا يجوز حرمان غير المصريين من العمل فى هذه المدارس . وما دام القانون لم ينص على هذا الحرمان ، إذ الأصل فى حرية العمل هنا هو الإطلاق ما لم يقيد الإطلاق بنص صريح يحد من حرية العمل ، ويمنع التمتع بها ، كما أنه لا يجوز

(١) ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة مجلس الدولة س ٨ ص ٣٠٤ .

(٢) ٢١ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أبو شاد ص ٢٨٨ .

الخروج على ما يقرره القانون فى هذا الشأن بوضع قواعد لا تتفق وأحكامه أو تعطلها أو تضع قيداً جديداً عليها . والقول بوجوب الحصول على إذن من وزارة المعارف بتعيين الأجنبى ناظراً أو مدرساً بمدرسة حرة ينطوى فى واقع الأمر على قيد وارد على حق أباحه القانون » .

٥ – منع الجمع بين العقوبات Interdiction du cumul des peines :

فإذا ارتكب أحد الأفراد خطأ يستوجب توقيع جزاء إدارى ، فيجب ألا يكون الفعل الواحد سبباً فى تعدد العقوبات ، بل يكتفى بعقوبة واحدة une seule sanction ، فإذا وقعت الإدارة عقوبتين أو عدة عقوبات متتابعة بخصوص خطأ واحد ، كان تصرفها باطلا(١) . هذا ما لم ينص القانون صراحة على الجمع ، أو أن تكون إحدى العقوبات الموقعة ذات صبغة تبعية أو تكميلية accessoire ou complémentaire (٢) .

وقد طبق مجلس الدولة المصرى هذه القاعدة فى دعوى تتلخص وقائعها فى أن المدير أوقع جزاء تأديبياً على أحد العمد فى الحدود التى يملكها ، وبعد فترة أحاله إلى لجنة الشياخات لتوقع عليه عقوبة أشد عن ذات الفعل ، فألغت المحكمة العقوبة الثانية تأسيساً على أنها مكررة مما يبطل القرار المطعون فيه من ناحية مخالفة القانون (٣) .

وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ حين قالت « إذا وقع جزاء على الموظف عن فعل ارتكبه ، فلا وجه بعد ذلك لتكرار الجزاء عليه عن السلوك ذاته ، ما دام هو عين الجريمة التأديبية »(٤) . كما قالت فى حكم آخر(٥) « لا يجوز معاقبة الموظف عن الذنب الواحد مرتين . وهذا

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٥ مارس سنة ١٩٠٤ فى قضية Banque Alsacienne privée.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٨ فى قضية Dame Fondevills المجموعة ص ٩٣ .

(٣) ٢٧ مايو سنة ١٩٥٢ س ٦ ص ١٠٨٤ .

(٤) ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٧ س ٣ ص ٣٨٣ – ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أبو شادى ص ٣٣٣ .

(٥) ١٢ يناير سنة ١٩٦٣ س ٨ ص ٤٣٩ .

من البداهات التى تقتضيها العدالة الطبيعية ، ومن الأصول المسلمة فى القوانين الجزائية ، وأياً كانت طبيعة الجزاء التأديبى الذى وقع أولا ، فإنه يجب ما عداه ما دام قد وقع بالفعل طبقاً للأوضاع القانونية الصحيحة .

وإعمالا لمبدأ مقارب قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الذنب يجب ألا يتابع صاحبه أبد الدهر ، ويجب أن يقف أثره عند حد معقول ، وذلك لإسراف الإدارة فى تخطى بعض الموظفين عند الترقية بالأقدمية لارتكابهم أخطاء فى تواريخ متقدمة . فقضت بأنه إذا نسبت أخطاء قديمة إلى موظف ، فللإدارة أن تدخلها فى اعتبارها عند الترقية على « . . . أن يقف تخطيه المتجدد فى الحركات المتعاقبة عند الحدود المعقولة حتى لا تصبح الجرائر غير المقصودة عيوباً دائمة تشوب صلاحية الموظف الموزور . . وأنه من الاعتساف فى التقدير وإبعاد الشوط فى المحاسبة أن يظل التقصير الفارط من الموظف فى عام ١٩٤٧ عيباً لصيقاً بصلاحيته أبد الدهر ، بحيث يعوقه عن الترقية على أساس الأقدمية سنة ١٩٥٢ » (١) .

٦ — قاعدة عدم الرجعية La règle de la non - retroactivité

فالقاعدة المسلم بها فى مختلف الدساتير هى عدم رجعية القوانين ، ولذلك قرر القضاء الإدارى فى فرنسا وفى مصر عدم رجعية القرارات الإدارية(٢) ، فقد حكم مجلس الدولة المصرى بأنه (٣) « لا تسرى أحكام القرارات الإدارية واللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله إلا فى حالتين : الأولى أن تكون هذه القرارات واللوائح صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعى ، والثانية أن تكون القرارات واللوائح صادرة تنفيذاً لأحكام صادرة من مجلس الدولة بإلغاء قرارات إدارية وقعت مخالفة للقانون ، لما يترتب على الإلغاء من أثره فى الحوادث السابقة » .

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن « الأصل الدستورى هو أن القوانين

(١) ١٠ يونيه ١٩٦٢ أبو شادى ص ٥٨٩ .
ومن أجل هذا أدخل المشرع فى نظم التوظف رخصة محو الجزاءات — أنظر فى تفصيل ذلك « مبادىء القانون الإدارى » للدكتور الطماوى .
(٢) أنظر فى هذا الموضوع « النظرية العامة للقرارات الإدارية » للدكتور الطماوى .
(٣) السنة الثانية ص ٤٤٠ .

لا يعمل بها إلا من تاريخ العلم بها ، وأن هذا العلم يفترض من واقعة نشرها فى الجريدة الرسمية أو بعد فوات ميعاد محدد من هذا النشر » (١) .

٧ — وجود قضاء لرقابة مشروعية أعمال الإدارة L'existence d'un contentieux de légalité.

وأخيراً توج مجلس الدولة الفرنسى هذه المبادىء التى أشرنا إلى بعضها بتقرير أن حق الالتجاء إلى القضاء هو حق أساسى لا يمكن إنكاره . ومن ثم فقد قبل دعوى الإلغاء ضد قرارات نص المشرع صراحة على عدم قابليتها للطعن بأى طريق من الطرق ne sont susceptibles d'aucun recours .

وقد رددت محكمة القضاء الإدارى هذا المبدأ فى بعض أحكامها حين قالت « إنه من المسلم به كأصل غير قابل لأى جدل أن لكل إنسان الحق فى المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضى بشأنه ، وهذا الحق مستمد من المبادئ العليا للجماعات منذ وجدت ، وأنه لم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده . وكل مصادرة لهذا الحق على إطلاقه تقع باطلة ، ومنافية للمبادىء العليا المتعارف عليها وللأصول الدستورية الشرعية . غير أن ذلك لا يغل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة وتحديدها بما يحفظ لصاحب الحق حقه مع مراعاة الروابط الاجتماعية ومقتضيات صالح الجماعة (٢) . كما أن المحكمة الإدارية العليا تؤكد فى كثير من أحكامها « . . . أن الأصل المؤصل فى بلد يقدس ضميره العام مبدأ المشروعية هو تسليط رقابة الإلغاء على كافة القرارات الإدارية دعماً للضمانة الأصلية التى يحققها قضاء الإلغاء لمن تحيفت بهم تلك القرارات »(٣) .

٨ — الأجر مقابل العمل .

من المبادئ التى سلم بها مجلس الدولة المصرى ، أن الأجر مقابل العمل ، وأن النصوص التى تتضمن هذا الحكم « . . . إنما تردد أصلا عاماً يقوم على حكمة تشريعية يستوجبها حسن سير العمل فى الدولاب الحكومى ، مردها

(١) ٢١ مارس ١٩٥٩ س ٤ ص ٩٦١ .
(٢) ١٥ مارس ١٩٥٤ س ٨ ص ٩٦٩ — ٢٣ نوفمبر ١٩٥٤ س ٩ ص ٤٣ — حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٧ إبريل ١٩٥٧ س ٢ ص ٩٧٥ .
(٣) ٢١ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أبو شادى ص ٥٧ .

إلى أصل طبيعىّ ، وهو أن يحرم الموظف الذى ينقطع عن عمله بدون مبرر من راتبه مدة غيابه ، لأن الأصل أن الأجر مقابل العمل ....»(١) .

٩ ــ التزام الإدارة باحترام القواعد المنطقية فى تصرفاتها .

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه : (أ) لا يجوز أن تخالف الإدارة حكماً تتضمنه قاعدة معينة إلا إذا ورد حكم فى قاعدة لاحقة من قوة القاعدة الأولى أو أقوى منها (٢) . (ب) لا يجوز للموظف الأحدث أن يتخطى الموظف الأقدم إلا إذا كان أكفأ منه(٣) . (ج) لا يجوز لمجلس ما أن ينظر إلا فى المسائل الواردة فى جدول الأعمال(٤) :

٢ ــ العرف

٥٥٠ م ــ يعتبر العرف ، إلى جانب التشريع وهو الدستور والقوانين الصادرة من السلطة التشريعية واللوائح ، مصدراً من مصادر القواعد القانونية ، شأنه فى ذلك شأن مبادئ القانون العام . فلم يعد عيب مخالفة القانون La violation de la loi الذى عبرت عنه المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بقولها « . . . أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها وتأويلها » ، مقصوراً على مخالفة القانون باعتباره قاعدة عامة ومجردة Loi générale, impersonnelle وإنما اتسع مدلوله بحيث أصبح شاملا « المراكز

(١) ٩ إبريل ١٩٦٠ مجموعة أبو شادى ص ١٦ . كما أن قسم الرأى يطبق ذات المبدأ ، ومن ذلك فتواه رقم ٢٥٧ ق ٧ سبتمبر ١٩٥٧ س ١١ ص ١٢٤ حيث تقول « إن الأصل المستقر عليه فقهاً وقضاء فى شأن المرتب أنه مقابل العمل . ويترتب على ذلك أن الجهة التى يعمل بها الموظف هى التى تلتزم بأداء مرتبه ، سواء كان يقوم بالعمل فيها عن طريق الندب كل الوقت أو عن طريق الإعارة » .

(٢) ١٠ نوفمبر ١٩٥٦ مجموعة أبو شادى ص ٨١٨ .

(٣) ٣٠ يناير ١٩٦٠ مجموعة أبو شادى ص ٩٣٦ حيث قالت « استقر قضاء هذه المحكمة على أنه . . . لا يجوز تخطى الأقدم بالأحدث إلا إذا كان الأحدث هو الأكفأ . فإذا كانا يتساويان فى درجة الكفاية ، وجب ترقية الأقدم كما تملى ذلك طبائع الأشياء والعدالة الطبيعية . . . » .

(٤) ٥ نوفمبر ١٩٦٠ مجموعة أبو شادى ص ٨٥٥ « إنه وإن خلا القانون الأساسى للجمعية القبطية الكاثوليكية بالإسكندرية من نص يحظر فيه على الجمعية العمومية النظر فى أية مسألة تكون غير واردة فى جدول أعمال الاجتماع ، إلا أن هذا الحظر من القواعد المسلمة » .

القانونية التى تترتب عليها آثار قانونية « toute situation juridique de nature à produire des effets de droit » وعلى هذا الأساس تكون رقابة القضاء الإدارى فيما يتعلق « بمخالفة القواعد القانونية » رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار الإدارى لأحكام القانون العام ، وللأحكام القضائية الحائزة لقوة الشىء المقضى فيه ، وللقرارات الإدارية السابقة ، والعقود (١) .

٥٥١ ــ والعرف الإدارى ، هو أن تسير الإدارة على نحو معيّن ، فى مواجهة حالة معينة ، بحيث تصبح القاعدة التى تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب . وقد قررت محكمة القضاء الإدارى المصرى « إنه وإن كان العرف الإدارى هو بمنزلة القاعدة القانونية بحيث تعتبر مخالفة هذا العرف مخالفة القانون ، إلا أنه يجب أن يكون العرف الإدارى ثابتاً مستقراً ، كأن تكون الإدارة قد سارت على سنن معين باطراد المدة الكافية والتزمت به دائما وطبقته فى جميع الحالات الفردية »(٢) .

العرف الناشىء عن خطأ القانون

٥٥٢ ــ ويجب ألا يخالف العرف قاعدة مكتوبة ، فهو من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتى فى المرتبة الثانية بعد التشريع . ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً ، ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشىء عن خطأ فى فهم القانون لا يمكن التعويل عليه (٣) .

اطراد العمل على مخالفة القانون لا ينشىء عرفا

٥٥٣ ــ إن اطّراد العمل على مخالفة القانون لا يسبغ الشرعية على هذه المخالفة ، بل تظل رغم ذلك انحرافاً ينبغى تقويمه . كما أن المسلم به أن العرف ، وإن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية المفسّرة أو المكملة لإرادة الطرفين ، فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً آمراً ، والنصوص الإدارية جميعها قواعد آمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها .

(١) راجع فى تفصيل التشريع كمصدر للقواعد القانونية الطماوى « قضاء الإلغاء ١٩٦٧ ص ٨٣٦ ــ ٨٥٧ .

(٢) ٢٤ يونيه ١٩٥٣ س ٧ ص ١٧٨١ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا فى ٢٤ فبراير ١٩٦٢ س ٧ ص ٧٥٧ .

والقول بغير ذلك يجعل اطّراد الإهمال فى مجال الوظيفة عرفاً يحول دون مجازاة من ارتكبوه ، وهذه نتيجة ظاهرة الفساد .⁽¹⁾ ولهذا ينبغى التمييز بين التسامح العارض الذى يصدر من الإدارة فى حالة معينة ، وبين وضع قاعدة عامة والتزامها بحيث يصبح الأمر عرفاً مستقراً بمثابة القاعدة التنظيمية المكتوبة ، وتطبيقاً لهذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه « . . . وعلى مقتضى ما تقدم يكون نشاط صيارفة البحر والمدينة مجافياً للقانون ، ويعد الترخيص به مخالفاً لأحكام قانون النقد . فإذا كانت الإدارة قد تسامحت فى تنفيذ القانون ، فسمحت لهؤلاء الصيارفة بالعمل رحمة بهم ورغبة فى عدم تشريدهم ، مستهدفة بذلك التيسير على أهالى بور سعيد نظراً لظروف العدوان التى أحاطت بهم وبناء على ما أشارت به لجنة إنعاش بور سعيد ، فليس من شأن هذا التسامح أن يكسب هؤلاء الصيارفة حقاً فى الاستمرار فى مزاولة أعمالهم لما فى ذلك من تعطيل لقانون النقد ومخالفة لأحكامه »⁽²⁾ .

هذا وقد يكون للعرف الإدارى أصل كتابى ، ومثال ذلك أن تضع الإدارة مشروع لائحة ، ثم تلتزمها فتصبح القاعدة بمثابة عرف حتى تصدر اللائحة . وهذا ما يقرره مجلس الدولة حيث يقول « إذا كانت اللائحة . . لم يصدر بها حتى الآن تشريع ، إذ أنها لا تزال مشروعاً غير مقنّن ، ورغم ذلك التزمتها الجامعة وطبقتها باطّراد وأصبحت قاعدة تنظيمية عامة ، فإن مخالفتها تعتبر مخالفة قانونية ، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص فى قانون أو فى لائحة ، بل هى تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمتها واتخذتها منهجاً لها »⁽³⁾ .

٣ — القضاء⁽⁴⁾ La jurisprudence

٥٥٤ — تلتزم الإدارة أيضاً فى ممارسة نشاطها الإدارى ، إلى جانب

(١) المحكمة الإدارية العليا فى ٨ مايو ١٩٦٥ مجموعة أبو شادى ص ٢٦٤ .

(٢) ٢٥ سبتمبر ١٩٦٤ مجموعة أبو شادى ص ٤٥٦ .

(٣) ٤ مايو ١٩٥٠ س ٤ ص ٦٩٧ . وبذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٦ مارس ١٩٦٠ س ٥ ص ٥٧٠ .

(٤) سبق أن ذكرنا أن القضاء يعد فى النظام الأنجلوسكسونى مصدراً أساسياً من مصادر القانون ، فالسوابق القضائية ملزمة للمحاكم والإدارة على حد سواء . وكل محكمة تتقيد بأحكام —

التشريع ومبادئ القانون العام والعرف ، باحترام حجية الأحكام القضائية ، سواء صدرت من جهة القضاء العادى أو الإدارى ، وتعتبر مخالفتها لتلك الأحكام مخالفة للقانون . بل على الإدارة أيضاً أن تراعى الأعمال ذات الصبغة القضائية ولو لم تكن أحكاماً بالمعنى الفنى . أو كما يقول مجلس الدولة فى بعض أحكامه « إن المتهم المحبوس احتياطياً يكون شأنه موكولا إلى النيابة العامة ما دامت القضية فى يدها . . وأمرها بالنسبة له واجب النفاذ بصفته صادراً من سلطة قضائية مختصة ، ووجب على الجهة التى يكون المتهم محبوساً فيها تنفيذه . فإذا أذنت النيابة العمومية لمثل هذا المتهم فى أداء الامتحان ، وكلفت الحكمدار تنفيـــذه فامتنع ، كان عمله منطوياً على إخلال بما يجب أن يكون لأمر النيابة العمومية من حجية ونفاذ بوصفه صادراً من سلطة قضائية مختصة ، والإخلال بذلك هو مخالفة القانون »⁽¹⁾ .

الأحكام القضائية

٥٥٥ — تنتمى الأحكام القضائية إلى نوعين من القضاء : القضاء الشخصى Le contentieux subjectif والقضاء العينى أو الموضوعى Le contentieux objectif . والنوع الأول من الأحكام حجيته نسبية مقصورة على الموضوع وأطراف النزاع . والغالب فى شأنها أن ينحصر واجب الإدارة قبلها على المعاونة على تنفيذها بالقوة الجبرية إذا طلب إليها ذلك ، وحينئذ يتعين عليها التنفيذ ما لم يكن من شأنه أن يؤدى إلى اختلال فى الأمن أو هياج شعبى خطير ، فحينئذ رجّح مجلس الدولة الفرنسى اعتبارات المحافظة على الأمن على قاعدة حجية الشىء المقضى به واستقرار المعاملات⁽²⁾ . أما النوع الثانى من الأحكام ، ويقوم أساساً على الأحكام الجنائية ورقابة المشروعية عموماً ، فإن الحجية فيه مطلقة قبل الكافة⁽³⁾ ، وبالتالى تلتزم

المحاكم الأعلى منها درجة ، وتتقيد الجهة القضائية العليا بما سبق أن حكمت به فى القضايا المماثلة . أما فى النظام المصرى والنظم اللاتينية فليس للسوابق القضائية هذه القوة الإلزامية .

(١) المجموعة س ٢ ص ٦٠١ .

(٢) الدكتور الطماوى ، المرجع السابق ص ٨٦٢ و ٨٦٣ — حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٢ مارس ١٩٤٨ فى قضية Accociation du Grand Cercle de Saint Etienne ، المجموعة ص ٢٢٨ — وفى ٢٦ يوليو ١٩٤٧ فى قضية Ouyader ، المجموعة ص ٣٦٦ .

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٣ يونيه ١٩٥٩ س ٤ ص ١٤٩١ .

الإدارة بمراعاته فى تصرفاتها . فإذا صدر حكم على موظف بعقوبة جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة [1] فإنه يتعين فصله . وإذا حكم القضاء الإدارى بإلغاء قرار ما فإن الإدارة تلتزم بإعادة الأوضاع إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور هذا القرار وكأنه لم يصدر إطلاقاً . ويعتبر إصدار الإدارة للقرار الملغى من جديد متضمناً لذات العيب الذى من أجله حكم بإلغاء القرار الأول، مخالفة صارخة لحجية القضاء ومبطلة للقرار الجديد . كما أن تجاهل الإدارة لحكم صادر بإلغاء قرار إدارى ومحاولتها تنفيذ القرار الذى سبق إلغاؤه يجرد عملها عن صفته الشرعية ، ويجعله من قبيل الاعتداء المادى Voie de fait ، وغنى عن البيان أن الإدارة تستطيع إعادة القرار مع تصحيح ما لحقه من عيب .

٥٥٦ — وللأحكام الصادرة من القضاء الإدارى ، وعلى رأسه المحكمة الإدارية العليا ، أهمية خاصة نظراً لأن معظم قواعد القانون الإدارى هى قواعد قضائية [2] . ولهذا قرر مجلس الدولة الفرنسى أن عدول القضاء عن تفسير معين كان يعتنقه يؤدى إلى فتح مدة جديدة للطعن فى القرارات التى صدرت فى ظل التفسير الأول ، لاحتمال عدم طعن الأفراد فيها احتراماً لقضاء مجلس الدولة . وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسى قد ساوى بين تغيير القضاء وتغيير التشريع ، وجعل أحكامه والمبادئ التى تخلقها تلك الأحكام ، فى منزلة التشريع .

(١) الفقرة السابعة من المادة ٧٠ من القرار بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بإصدار نظام العاملين المدنيين بالدولة وكانت تقابلها المادة ٧٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الملغى .

(٢) لذلك نجد القاضى الإدارى الفرنسى يحتفظ بحريته كاملة فى المستقبل ، فلا يقرر مبادىء عامة أو قواعد يلتزم السير عليها فيما يقضى به وإنما يوجز فى أحكامه قدر المستطاع وبذلك أمكن للقانون الإدارى أن يتطور فى سهولة ويسر . وعلى عكس القضاء الفرنسى ، يعمد القضاء الإدارى فى مصر إلى الإطناب فى تسبيب الأحكام والحرص على تضمينها مبادىء وقواعد نظرية عامة . وعلة ذلك أن قضاءنا الإدارى حديث ويحاول الاعتماد على الفقه والقضاء الفرنسيين فى إرساء دعائم القانون الإدارى عندنا ، فمبادئه ونظريات القانون الإدارى لم تكن معروفة فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة . بيد أنه عندنا ، كما فى فرنسا ، حيث لا يجد القاضى الإدارى نصاً يعتمد عليه فى تقرير القاعدة الواجبة التطبيق ، يتعين عليه خلق هذه القاعدة بنفسه ، ويحدث هذا بوجه خاص تحت ستار احتياجات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ومساواة المنتفعين أمام المرافق العامة .

وقد سلم المشرع المصرى بهذا المعنى فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ .

٤ — القرارات الإدارية السابقة

٥٥٧ — من المقرر فى فقه القانون العام ، أن الإدارة إذا أصدرت قرارات إدارية وترتب عليها مراكز قانونية ذاتية ، أو حقوق مكتسبة وفقاً للاصطلاح الدارج ، فإن الإدارة لا تملك المساس بتلك المراكز بقرارات لاحقة ، وإلا اعتبرت قراراتها الجديدة مخالفة للقانون متعينة الإلغاء [1] ؛ وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « القرار الصادر من الجهة الإدارية بالترخيص للطالب بمطحنة متنقلة ، قد صدر منها بناء على سلطتها التقديرية ، ومن ثم يكون القرار المذكور قد صدر صحيحاً من سلطة مختصة فى حدود اختصاصها ويصبح حقاً مكتسباً لصاحبه لا يجوز المساس به إلا فى الحالات المحددة ، أما فى غيرها فإن المساس به يعتبر اعتداء غير مشروع على حق مكتسب » [2] . وإذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للمراكز الذاتية (الشخصية) التى تترتب عليها حقوق مكتسبة ، فإن الوضع يختلف بالنسبة للمراكز العامة التى تتولد عن القواعد العامة (القوانين واللوائح) ، فبينما يجوز تغيير هذه الأخيرة (المراكز العامة) فى أى وقت بحيث يسرى عليها القانون أو القرار التنظيمى الجديد ، فإنه لا يجوز المساس بالأولى (المراكز القانونية الذاتية) إلا بقانون ينص فيه على ذلك بنص خاص [3] .

وعلى هذا الأساس بنيت أحكام قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ، وأحكام نظرية سحب القرارات الإدارية [4] التى سنعرض لها فى نهاية هذا الفصل .

٥ — العقود [5]

٥٥٨ — تولد العقود الإدارية حقوقاً يترتب على المساس بها بطلان القرار

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع « النظرية العامة للقرارات الإدارية » للدكتور الطماوى .

(٢) ١٣ مايو ١٩٦١ مجموعة أبو شادى ص ٤٦٧ .

(٣) حكم مجلس الدولة فى ١٨ فبراير ١٩٥٣ س ٧ ص ٥١٣ .

(٤) أنظر فى دراسة هذه النظرية الطماوى ، المرجع السابق ١٩٦٦ .

(٥) يحسن أن نحيل فى تعريف العقود الإدارية إلى حكم محكمة القاهرة الابتدائية الذى —

الإدارى . فالمتعاقد مع الإدارة أن يطلب إلغاء أى قرار إدارى يشاء إذا استوفى

— ورد فيه ما يلى « ومن حيث إنه وإن لم يعرف القانون العقود الإدارية ولم يبين الخصائص التى تميزها والتى يهتدى بها فى القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها من تعرض السلطة القضائية لها بالتعطيل أو بالتأويل ، إلا أن إعطاء العقود التى تبرمها جهات الإدارة وصفها القانونى الصحيح باعتبارها عقوداً إدارية أو مدنية يتم على هدى ما يجرى تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة من إبرامها ، ولما كانت العقود التى تكون الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها طرفاً فيها لا تعتبر ، على ما جرى به قضاء النقض ، عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه واستهدفت جهة الإدارة بها تحقيق نفع عام وليس مجرد غرض مالى (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٦٨٤) كما أنه يشترط لإسباغ هذه الصفة عليها أن تكون إدارية بطبيعتها وخصائصها الذاتية وأن تحتوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص ، وهى الشروط التى يتسم بها العقد الإدارى ويجب توافرها لتكون مفصحة عن نية الإدارة فى الأخذ بأسلوب القانون العام فى التعاقد (نقض ١٩ أكتوبر ١٩٦٥ س ١٦ ص ٨٩٣) ؛ ومن هنا كانت العقود المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة عقوداً خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادى ولو تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، ذلك أن هذه العقود لا تتعلق بمرفق عام . ومن هنا أيضاً كان استقرار أحكام محكمة القضاء الإدارى على أن المعيار المميز للعقود الإدارية ليس فى صفة المتعاقد بل فى موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق وتسييره واستغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه ، مشتركاً فى ذلك ، وعلى درجة متساوية ، بظهور نية الشخص المعنوى العام فى أن يأخذ فى العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه (راجع حكميها فى ٢٤ فبراير و٢ يونيه ١٩٥٧ س ١١ ص ٢٢٨ و ٤٩٣) ، كما جرت أحكامها بأن العقود الإدارية تكون كفتا المتعاقدين فيها غير متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شىء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين فى تطبيقه وتفسيره وفى إنهائه . ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد وفى تغيير شروطه بالإضافة والحذف والتعديل وفى إنهائه فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك . وقد استقر الرأى فى هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين فى العقود الإدارية لا تستند إلى شروط هذه العقود فقط ، وإنما أيضاً إلى القواعد التنظيمية والقانونية الخاصة بالمرفق العام وهى بذلك تخضع للسلطة العامة فى توجيه المرفق وتنظيمه . . وهذا جميعه بخلاف العقود المدنية (محكمة القضاء الإدارى ٢ ديسمبر ١٩٥٢ س ٧ ص ٧٦ و ٩ ديسمبر ١٩٥٦ س ١١ ص ٧٧) .

« ومن حيث إن إنزال حكم المبادئ القانونية سالفة الذكر على المتبادر من ظاهر عقد إيجار المستأنف لا يتأدى منه القول بأنه عقد إدارى ، ذلك أن هذا العقد الذى تمحض حقوقاً للمستأنف والتزامات عليه قد خلا من أية شروط استثنائية غير مألوفة ، وكافة الشروط التى انتظمها لا يبدو منها أن الإدارة (محافظة القاهرة) كانت ذا سلطان قاهر على المستأنف أو أن كفة هذا الأخير فيها غير متكافئة مع كفة الإدارة ، بل إن هذه الشروط جميعها هى —

شرط المصلحة كسائر المواطنين . ولكن يمتنع عليه أن يستند إلى حقوقه التعاقدية توصلا إلى هذا الإلغاء[1] . أما بالنسبة إلى غير المتعاقدين **les tiers** فإنهم لا يستطيعون أن يلجأوا إلى قاضى العقد ، ولهذا فإن مجلس الدولة الفرنسى يسمح لهم برفع دعوى الإلغاء مع الاستناد فى طلب الإلغاء إلى الشروط الواردة فى العقود الإدارية .

وليس المقصود هنا حق الأفراد فى طلب إلغاء القرارات الإدارية التى تسهم فى تكوين العقد الإدارى ، ولكن المراد أن يستند بعض الأفراد — من غير المتعاقدين — إلى شروط واردة فى عقد إدارى توصلا إلى إلغاء قرار معين . وهذا لا يثور إلا بالنسبة للشروط اللائحية **les clauses règlementaires** التى ترد فى العقود الإدارية كعقد الامتياز ، والتى تبين كيفية أداء الخدمة .

٦ — الدستور La Constitution[2]

٥٥٩ — يعرف الدستور من الناحية الموضوعية ، أى من حيث موضوعه ومضمونه ، بأنه مجموعة القواعد القانونية الأكثر أهمية داخل الدولة . فهى

— من شروط العقود الخاصة بين الأفراد . . ومن ثم يكون هذا العقد عقداً مدنياً محكوماً بأحكام القانون الخاص . . ولا يحق للمحافظ أن يستقل بفسخه بإرادته المنفردة ، أما والبادى أنه استبد بإلغائه فإنه يكون قد افتات على القانون إذ نصب نفسه ، وهو الخصم ، حكماً . . ويكون المحافظ حين أصدر قراره بإلغاء عقد المستأنف ، وحين أصدر قراره بتأجير العين موضوع هذا العقد للمستأنف عليه ، لا يعدو شأن المؤجر العادى من أفراد الناس ، فما يستطيعه ذلك فى هذا المجال يستطيعه هذا ، والقواعد القانونية الخاصة التى تحكم تصرفات هذا هى بذاتها التى تحكم تصرفات ذاك ، لا فضل لأحدهما على الآخر إلا بالقانون . ومسايرة المستأنف عليه فى دفاعه يتأدى إلى أن جهة الإدارة مستطيعة دائماً تحصين إخلالها بالتزاماتها التعاقدية فى مجال القانون الخاص بقرارات تصدرها ، لا يستطيع المتعاقد الآخر حيالها شيئاً ، ولو لم تستند فى إصدارها إلى السلطة العامة . . . » — حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، الدائرة الأولى فى الاستئناف رقم ١٥٩٢ سنة ١٩٧٠ مستعجل مصر بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٧٠ برياسة رئيس المحكمة وجدى عبد الصمد .

(١) راجع فى تفصيل ذلك الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية .

(٢) راجع ص ٢٧٧ — ٢٧٩ .

تبين طبيعة الدولة ونظام الحكم والسلطات الحاكمة وتحدد اختصاصاتها وعلاقات بعضها بالبعض وعلاقاتها بالأفراد موضحة حقوقهم وحرياتهم . أما من الناحية الشكلية فإنه يعرف بأنه مجموعة القواعد التي تتضمنها الوثيقة القانونية المسماة بالدستور ، والصادرة من السلطة التأسيسية (١) ، وإجماع الفقه على أن الدستور يتربع على قمة الهرم القانوني ، ويعتبر أساساً لمبدأ المشروعية ، سواء بمعناه الشكلي أو بمعناه المادي والموضوعي . فمن الناحية الشكلية الدستور من عمل السلطة المؤسِّسة **pouvoir constituant** أما سائر أعمال السلطات الأخرى من تشريعية إلى تنفيذية إلى قضائية ، فهي صادرة من سلطات مؤسَّسة ، تستمد وجودها من السلطة الأولى . وإذا نظرنا إلى الدستور من حيث مدلوله الموضوعي لوجدنا أنه يحدد سلطات الحكم ويبين اختصاصاتها ووظائفها ، وعلى ذلك فكافة الأعمال الصادرة من هذه السلطات ، يجب أن تكون في الإطار المرسوم لها دستورياً إذ هي تستمد صلاحيتها وسلطاتها من الدستور(٢) ، وإلا كانت غير مشروعة .

٥٦٠ — ومخالفة العمل الإداري للدستور تأخذ إحدى صورتين : المخالفة المباشرة وهي التي يخالف فيها العمل الإداري قاعدة دستورية مباشرة ، والمخالفة غير المباشرة وصورتها أن يكون العمل الإداري قد صدر بناء على تشريع يكون مخالفاً للدستور . ولم تكن لهذه التفرقة أهمية عملية في القانون المصري حتى صدور القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا . ذلك أنه قبل إنشاء المحكمة العليا كان القضاء لدينا يعترف بحقه في الرقابة على دستورية القوانين ، فكان يلغي العمل الإداري المخالف للدستور مباشرة أو الصادر تطبيقاً لتشريع غير دستوري (٣) . أما بعد إنشاء المحكمة

(١) أنظر Georges Vedel « Manuel Elémentaire de Droit Constitutionne » — باريس ١٩٤٩ ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) فيدل ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ و ١٢٩ — أحمد كمال أبو المجد ، رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، ١٩٦٢ ، الجزء الأول ، ص ١٧ — طعيمة الجرف ، القانون الدستوري ومبادىء النظام الدستوري في ج . ع . م ، القاهرة ١٩٦٤ ص ١٢٧ .

(٣) وذلك بخلاف النظام الفرنسي الذي لا يمارس فيه القضاء هذه الرقابة على دستورية القوانين وإنما يمارسها فقط على أعمال الإدارة إذا كانت مخالفتها الدستور مباشرة فيقوم —

العليا فقد حظر على جهات القضاء المختلفة النظر في دستورية عمل إداري صدر بناء على نص تشريعي مخالف للدستور وإنما تختص بذلك تلك المحكمة دون غيرها . وسنتكلم في مبحث مستقل عن المحكمة العليا والرقابة على دستورية القوانين ، أما الآن فنتكلم في إيجاز عن دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية ثم عن دستور جمهورية مصر العربية وما يمثله من تقدم واضح في مجال الشرعية مجتزئاً بما سبق أن أوردته بشأنه عند الكلام عن مصادر القاعدة القانونية (١) .

١ — دستور دولة الاتحاد

٥٦١ — تضمن دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية مبادئ تعتبر تحولا في مفهوم القومية العربية ، ويظهر هذا التحول في تركيز الدستور على حقوق الإنسان وحقوق المواطن وسيادة القانون . هذا التركيز نجده في ديباجة الدستور التي تقول في فقرتها الأولى عن القومية العربية « إنها طريق العرب إلى الوحدة الشاملة (٢) وبناء نظام ديمقراطي واشتراكي يحمي حقوق

— بإلغاء العمل الإداري غير الدستوري حيث إنه لا يتعرض هنا لدستورية التشريع — أنظر عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٣٩ والمرجع الفرنسي المشار إليه بالهامش .

(١) راجع هامش ٢٧٨ و ٢٧٩ .

(٢) وقد أكد ميثاق جامعة الدول العربية الذي وضع منذ أكثر من ربع قرن ، مبدأ الوحدات الجزئية داخل الوحدة الشاملة المنشودة التي تربط — حين تقوم — بين جميع أقطار الأمة العربية ، إذ ورد في مادته التاسعة « لدول الجامعة العربية الراغبة فيما بينها في تعاون أوثق وروابط أقوى مما نص عليه هذا الميثاق ، أن تعقد بينها من الاتفاقات ما تشاء لتحقيق هذه الأغراض » وجاء بعد هذا ميثاق العمل الوطني المصري يؤكد هذا الاتجاه ، فقد ورد في الفصل التاسع « إن أي وحدة جزئية في العالم العربي تمثل إرادة شعبين أو أكثر من شعوب الأمة العربية ، هي خطوة وحدوية متقدمة تقرب من يوم الوحدة الشاملة وتمهد لها وتمد جذورها في أعماق الأرض العربية . إن مثل هذه الظروف تمهد الطريق للدعوة إلى الوحدة الشاملة » .

هذا ومجلس رياسة الاتحاد هو السلطة العليا فيه ويتكون من رؤساء الجمهوريات الأعضاء (م ١٥) ويختص بوضع أسس السياسة الخارجية للاتحاد ، وتوحيد السياسات التي تتبعها الجمهوريات في علاقاتها الدولية ومسائل السلم والحرب ، وتنسيق العمل الدبلوماسي والقنصلي مع الدول الأجنبية وإبرام المعاهدات والاتفاقات بين دول الاتحاد والدول الأجنبية والمنظمات الدولية . ونصت المادة (٦٤) على أنه إذا وقعت اضطرابات من الداخل —

المواطن ويصون حرياته الأساسية ويدعم سيادة القانون » . وتؤكد المادة

— أو الخارج فى إحدى الجمهوريات تهدد أمن الاتحاد ، تقوم هذه الجمهورية بإخطار السلطات الاتحادية لتتخذ الإجراءات الضرورية لحفظ الأمن والنظام ، ولهذه السلطات ، فى حالة تعذر طلب العون من الاتحاد ، أن تتدخل بدون طلب لإعادة الأمور إلى نصابها . ولمجلس الرياسة سلطات واسعة فى المجال الاقتصادى لوضع خطط مشتركة للتنمية العامة ، وفى مجال التربية والتعليم والثقافة وفى مجال تنسيق التشريعات والأنظمة فى الجمهوريات الأعضاء . ويتبع مجلس الرياسة مجلس وزارى اتحادى يعين مجلس الرياسة رئيسه (وهو حالياً السيد أحمد الخطيب من سوريا) ولا يجوز الجمع بين منصب الوزير الاتحادى ومنصب عام أو وظيفة عامة فى إحدى الجمهوريات (م ٢٣) . إلا أن الدستور عاد وفتح باب الاستثناءات بقوله « إلا فى حالات استثنائية يوافق عليها مجلس رياسة الاتحاد » . وفى رأيى أنه كان من الأوفق ألا يفتح الدستور باب هذه الاستثناءات ليتم الفصل بين العاملين فى المؤسسات الاتحادية والعاملين فى المؤسسات الوطنية ، تاركين الجمع بين العملين لرؤساء الجمهوريات فحسب . ويختص المجلس الوزارى الاتحادى بإعداد مشروعات القوانين والقرارات الاتحادية ومتابعة تنفيذها ، وإعداد الدراسات التى يقتضيها العمل الوحدوى ، ومشروع موازنة الاتحاد .

وقد تم تشكيل المجالس الاتحادية المتخصصة وعددها سبعة كان آخرها المجلس الاتحادى لشئون البحث العلمى الذى أصدر السيد أحمد الخطيب رئيس المجلس الوزارى الاتحادى بتاريخ ٤ إبريل ١٩٧٢ قراراً بتشكيله برياسة السيد صلاح هدايت وعضوية الوزراء الاتحاديين للاقتصاد والتخطيط والنقل والمواصلات والثقافة والتعليم والخدمات ووزير التعليم العالى فى كل من مصر وسوريا ووزير التربية والإرشاد القومى فى ليبيا ووزراء الصناعة فى الدول الثلاث ورئيس أكاديمية البحث العلمى فى مصر . أما المجالس الأخرى فهى مجالس شئون الإعلام والنقل والمواصلات وشئون الاقتصاد والتخطيط والشئون السياسية الخارجية وشئون الثقافة والتعليم وشئون الخدمات .

ولاتحاد الجمهوريات العربية برلمان اتحادى نصت عليه المادة ٢٩ من الدستور ويتكون من ستين عضواً ، منهم عشرون من كل دولة عضو فى الاتحاد ، وهم لا ينتخبون بالاقتراع العام فى كل دولة من دول الاتحاد ولكن ينتخبون من بين أعضاء البرلمانات الوطنية فى كل جمهورية . وبعد أن يتم انتخاب النائب يفقد عضويته فى البرلمان الوطنى ليتفرغ لعضويته فى البرلمان الاتحادى على أن تعود عضويته فى البرلمان الوطنى إذا انتهت عضويته فى المجلس الاتحادى لأى سبب (ويرأس هذا المجلس الآن الدكتور خيرى الصغير من ليبيا) ويعقد مجلس الأمة الاتحادى دورتين فى العام بناء على دعوة من رئيس مجلس رياسة الاتحاد . ويدخل فى اختصاصه اقتراح القوانين الاتحادية ومناقشتها وإقرارها ، ومناقشة وإقرار موازنة الاتحاد التى تتكون من أنصبة ذات قيمة متساوية تسهم بها كل جمهورية من الجمهوريات الأعضاء . كما يدخل فى اختصاصه أيضاً مناقشة وإقرار المعاهدات والاتفاقات التى يبرمها الاتحاد ، ومناقشة السياسة العامة لدولة الاتحاد وتوجيه الأسئلة والاستفسارات إلى الوزراء الاتحاديين . تلك أهم أحكام دستور الاتحاد ، ولى عليه ملاحظات فى مقدمتها أنه أكثر من المؤسسات التى تشرف على العمل الوحدوى والتى يصل عددها إلى زهاء خمس عشرة مؤسسة . وأرى ضرورة التأنى فى إنشاء هذه المؤسسات كافة ، فلا يقوم منها إلا ما تقتضيه الضرورة .

الثانية عشرة من الدستور على هذا المعنى حين تطلب إلى الجمهوريات الأعضاء فى الاتحاد أن تكفل دساتيرها وقوانينها كحد أدنى ، مبادئ وحقوقاً تتمثل فى أن المواطنين أمام القانون والقضاء متساوون لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين ، وتشير إلى حرمة المسكن وعدم جواز القبض على المواطنين إلا فى حدود القانون ، وحرية التقاضى ، وسلوك سبيل الطعن والدفاع أمام جهات القضاء وحرية التنقل واختيار محل الإقامة وحظر الإبعاد عن الوطن ، وحرية الاعتقاد وإقامة الشعائر الدينية ، وحرية البحث العلمى ، وحرية الرأى والصحافة والنشر ، وحرية الاجتماع وسرية المراسلات ، وحرمة الملكية الخاصة فى حدود القانون ، وحق العمل وحق التعليم والحق فى الضمان الاجتماعى والتأمينات الاجتماعية ، والحق فى الرعاية الصحية ، وغير ذلك .

المحكمة الدستورية فى دولة الاتحاد(١)

٥٦٢ — إن تأكيد سيادة القانون ليست مقصورة على النطاق القوى لكل دولة من دول الاتحاد بل تمتد أيضاً إلى العلاقات بين الدول ، فوفقاً للمادة ٤٦ من دستور الاتحاد تشكل محكمة دستورية تختص بالفصل فى الطعون التى تقدم فى دستورية القوانين الاتحادية وفى مدى مطابقة قوانين الجمهوريات لدستور الاتحاد وقوانينه ، وفى المنازعات ذات الطابع القانونى التى تقوم بين سلطات الاتحاد وسلطات الجمهوريات ، أو فيما بين جمهورية وأخرى عضو فى الاتحاد ، أو فى الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية الاتحادية . والحق إن إنشاء محكمة دستورية بين مؤسسات الاتحاد كان أمراً لازماً ، وإذا كان ثم رأى ينكر أن يكون للقضاء سلطة التصدى للحكم على دستورية القوانين

(١) صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٦٧٩ لسنة ١٩٧١ بالموافقة على الأحكام الأساسية لاتحاد الجمهوريات العربية الموقعة فى بنى غازى فى ١٧ إبريل ١٩٧١ ، وقد أشارت تلك الأحكام إلى المحكمة الدستورية بين المؤسسات الدستورية للاتحاد ونصت على أنها تعين بقرار من مجلس رياسة الاتحاد وتتكون من عضوين عن كل جمهورية وتختص بالفصل فى المسائل التى يحددها دستور الاتحاد . وتضمن دستور دولة الاتحاد الذى وافق عليه الشعب العربى فى كل من مصر وسوريا وليبيا فى أول سبتمبر ١٩٧١ ، تفصيلا أوفى لأحكام المحكمة الدستورية فى المواد من ٤٦ إلى ٥٢ وإن كان قد أحال إلى قانون اتحادى يصدر ببيان مهام المحكمة وإجراءاتها والشروط التى يجب توافرها فيمن يعين عضواً فيها ، والحصانات والمزايا المادية التى يتمتع بها أعضاء المحكمة والعاملون فيها .

فى دولة موحدة قولا إن السلطة الشعبية هى أعلى سلطة فى الدولة وهى التى تملك هذه الرقابة ، فلا يجوز لمحكمة أن تنفرد بتقرير مخالفة قانون أصدره ممثلو الشعب للدستور لما فى ذلك من إخضاع إرادة الشعب لسلطة القضاة التقديرية (١) ، فإن رقابة الدستورية فى الدول الإتحادية — فيما عدا بعض استثناءات فى مقدمتها الاتحاد السوفيتى — عن طريق محكمة دستورية تبدو هامة وضرورية . فالدولة الإتحادية تتكون من عدة دول أو ولايات تندمج فى دولة واحدة تنقل إليها السيادة ، بينما تحتفظ الدول أو الولايات الداخلة فى هذا الاتحاد بقدر من السيادة يزيد أو يقل وفق ظروف الاتحاد ومراحل تطوره ، ومن ثم فإن العلاقة التى تنظم الاتحاد بالجمهوريات أو الولايات هى علاقة مركبة ينظمها الدستور الاتحادى الذى يلزم أن تتوافق معه أحكام دساتير الجمهوريات أو الولايات وأن تطابق قوانينها القوانين الاتحادية ، وهو ما يستتبع إيجاد طريق لحسم المنازعات التى قد تنشأ بين الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية ، أو بين الولايات أو الجمهوريات فيما بينها ، ومن هنا كان ازدهار نظام المحاكم الدستورية بصفة خاصة فى الدول الاتحادية ، وهى التى تتمتع فيها الولايات أو الجمهوريات بنوع من الاستقلال المحلى فى الحكم ، ويكون لها دساتيرها وبرلماناتها الخاصة(٢)

(١) وهو رأى اعتنقته انجلترا دائماً .

(٢) وأظهر مثال لذلك فى دولة فيدرالية هو المحكمة العليا الأمريكية التى وإن كانت لم تنشأ كمحكمة دستورية ، إلا أنها انتزعت لنفسها سلطة رقابة دستورية القوانين فى حكم مشهور لها أصدره القاضى مارشال عام ١٨٠٣ فى قضية ماربورى ضد ماديسون مقرراً فيه لأول مرة سلطة هذه المحكمة فى مراقبة دستورية القوانين . ونجد أمثلة كثيرة للمحاكم الدستورية فى معظم الدول الاتحادية وإن كان بعضها ينشىء محكمة دستورية عليا إلى جانب المحكمة العليا القضائية مثل يوغوسلافيا وألمانيا الاتحادية ، كما أن بعضها يعهد إلى المحكمة العليا باختصاصات المحكمة الدستورية مثل سويسرا والولايات المتحدة كما أسلفنا . وفى نطاق الدول العربية ذاتها فإن أول تجربة للمحكمة الدستورية كانت فى ظل النظام الاتحادى الذى عاشته ليبيا قبل تعديل دستورها الصادر عام ١٩٥١ والتى أصبحت بعده دولة موحدة طبقاً لتعديل دستورى صدر عام ١٩٦٣ إذ كانت قبل ذلك اتحاداً بين ولايات برقة وطرابلس الغرب وفزان . ومن أحدث التجارب فى الدول العربية ، تجربة اتحاد الإمارات العربية الذى يضم ست إمارات من إمارات الخليج فى دولة اتحادية وتضمن دستوره إنشاء محكمة عليا تتولى اختصاصات دستورية تتعلق ببحث دستورية القوانين الاتحادية ودستورية التشريعات الصادرة من الإمارات وتتولى =

طبيعة المحكمة الدستورية الاتحادية

٥٦٣ — من الخطأ أن يظن أن المحكمة الدستورية الاتحادية التى ستنشأ تطبيقاً لدستور اتحاد الجمهوريات العربية ، هى إنشاء لجهاز قضائى اتحادى . فهذه المحكمة تختلف عن المحاكم العليا الاتحادية التى تكون على قمة تنظيم قضائى اتحادى متكامل ، والتى قد يعهد إليها باختصاصات الرقابة الدستورية أيضاً ، كما هو الأمر بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا فى اتحاد الإمارات العربية ، وهى تملك اختصاصات قضائية صرفة ، علاوة على الاختصاصات الدستورية: فهى تختص مثلا بنظر الجرائم التى لها مساس مباشرة بمصالح الاتحاد ، كما أنها جهة استئنافية تستأنف أمامها أحكام المحاكم الابتدائية الاتحادية وهى تعتبر فى نفس الوقت المحكمة المختصة بمساءلة الوزراء .

ويلى هذه المحكمة محاكم ابتدائية اتحادية تختص بنظر المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد ، وتختص بنظر الجرائم التى ترتكب داخل حدود العاصمة الاتحادية الدائمة ، وبنظر قضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية وغيرها بين الأفراد التى تنشأ فى العاصمة الاتحادية .

أما المحكمة الدستورية الاتحادية فى نظامنا ، فهى ليست على قمة جهاز قضائى عادى اتحادى . وعلى هذا فإن جميع المنازعات التى قد تنشأ بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة من أعضاء فى الاتحاد تجرى بشأنها الأحكام العامة المتعلقة بتنازع الاختصاص كما أن الجريمة التى ترتكب فى إقليم أية دولة أياً كانت طبيعتها تخضع للاختصاص الإقليمى لهذه الدولة .

فالأصل فى هذه المحكمة أنها مؤسسة دستورية أشارت إليها الأحكام الأساسية بهذا الوصف ، وإن وصفت فى الدستور الاتحادى بأنها السلطة القضائية للاتحاد .

اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية

٥٦٤ — وتتأكد هذه الصفة للمحكمة إذا نظرنا إلى اختصاصاتها التى نص عليها الدستور الاتحادى .

فهى تختص أولا ، كما أسلفنا ، بالفصل فى الطعون التى تقدم فى دستورية القوانين الاتحادية . فمن المعروف أن مجلس الأمة الاتحادى يملك سلطة التشريع

= الفصل فى المنازعات التى تثور بين الإمارات أو بينها وبين حكومة الاتحاد .

فى كل ما يدخل فى اختصاص الاتحاد . ويجب أن نلاحظ هنا أن اختصاصات الاتحاد محددة بالدستور ، وأن ما عداها تختص به الجمهوريات الأعضاء (مادة ٥٨) . وهى تختص كذلك بالفصل فى مدى مطابقة قوانين الجمهوريات لدستور الاتحاد وقوانينه . ذلك أن الدستور الاتحادى ينص فى مادته الحادية عشرة على أن تلتزم كل جمهورية من جمهوريات الاتحاد بألا يتعارض دستورها مع أحكام الدستور الاتحادى . فالدستور الاتحادى أعلى مرتبة من الدساتير الجمهورية . كما أن المادة ٣٧ من الدستور الاتحادى تنص على أن للقوانين الاتحادية الأولوية على قوانين الجموريات فيما يتعلق باختصاص الاتحاد ، ومن ثم فهى أعلى مرتبة منها ، وعلى سبيل المثال فقد تضمن الدستور الاتحادى نص المادة الثانية عشرة التى تقضى بأن تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينها ، كحد أدنى ، مجموعة من المبادئ والحقوق مثل المساواة والحريات وحق العمل أو التقاضى وغير ذلك . فلو فرضنا أن دستوراً جمهورياً أو قانوناً جمهورياً ، صدر منافياً لهذه المبادئ ، فإنه يقبل المراجعة أمام المحكمة الدستورية الاتحادية .

وتختص المحكمة أيضاً بالفصل فى المنازعات ذات الطابع القانونى التى تقوم بين سلطات الاتحاد وسلطات الجمهوريات ، أو فيما بين جمهورية وأخرى عضو فى الاتحاد . ويلاحظ على هذا الاختصاص أنه خاص بالمنازعات ذات الطابع القانونى ، أما غيرها من المنازعات ذات الطابع السياسى فإنها تخرج عن اختصاص المحكمة ، وتكون من اختصاص مجلس رياسة الاتحاد . كما أن المنازعات التى تختص بها المحكمة هى منازعات بين سلطات اتحادية وجمهورية أو سلطات جمهورية فيما بينها ، ولكن المحكمة لا تختص بأى منازعات بين أفراد ينتمون إلى جمهوريات مختلفة .

٥٦٥ — وقد عهد الدستور بعد ذلك إلى المحكمة باختصاص الفصل فى الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية الاتحادية . وهى على هذا تعد محكمة ذات طبيعة مزدوجة ، فهى محكمة دستورية وهى محكمة إدارية أيضاً . وشأنها فى ذلك شأن المحكمة العليا الليبية . بل إن هذه المحكمة تختص — على غرار ما هو متبع فى محكمة العدل الدولية — بإبداء الرأى الاستشارى فى أية مسألة

دستورية أو قانونية تطلب من مجلس رياسة الاتحاد أو الوزراء الاتحاديين [1] أو إحدى الجمهوريات الأعضاء . ولم يورد الدستور اختصاصات هذه المحكمة على سبيل الحصر ، بل نص على أن تتولى أية اختصاصات أخرى يصدر بها قانون اتحادى ، فمن المتصور مثلا أن تكون مستقبلا محكمة تنازع اختصاص بين محاكم الجمهوريات ، كما أنها يمكن أن تتحول إلى محكمة قضائية عليا إذا أنشىء جهاز قضائى اتحادى [2] . وبطبيعة الحال ، فإن تحديد اختصاصات المحكمة على هذا النحو يجب أن يكمله تنظيم متكامل يصدر به قانون . وعلى سبيل المثال يجب أن يصدر قانون يبين كيفية رفع إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، ويحدد أثر الحكم بعدم الدستورية وهل يترتب عليه عدم نفاذ القانون . ثم ما الذى يقصده الدستور باختصاص المحكمة بالفصل فى مدى مطابقة قوانين الجمهوريات لدستور الاتحاد وقوانينه ، فهو هنا يستعمل تعبير « مدى مطابقة » وهو تعبير مغاير لتعبير « الفصل فى الطعون » الذى استعمله بالنسبة للدستورية القوانين الاتحادية . وهذا ما يجب أن يبينه القانون ، وفق ما أشارت إليه المادة ٥٢ من الدستور .

٥٦٦ — كذلك تنص المادة ٥٠ من الدستور الاتحادى على أن قرارات المحكمة الدستورية تكون واجبة النفاذ فى جميع أراضى الجمهوريات الأعضاء فى الاتحاد ، فهل يعنى هذا أنها لا تحتاج إلى وضع صيغة تنفيذية عليها من كل جمهورية لتنفذ فيها ؟ ويلاحظ أن الدستور قد نص بالنسبة للقوانين التى يصدرها مجلس الأمة الاتحادى على أن السلطات المختصة فى كل جمهورية هى التى تقوم بتنفيذها . ومن البديهى أيضاً أن تتولى السلطات القضائية المختصة فى كل جمهورية تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية ، وهو أمر يجب أن يتناوله القانون بالتنظيم . غير أن هناك صعوبة بالنسبة لما إذا صدر قرار من المحكمة بعدم مطابقة دستور أو قانون جمهورى لأحكام الدستور الاتحادى أو قانون اتحادى ، فما هى الطريقة التى يصبح بها قرار المحكمة الدستورية واجب النفاذ فى الجمهورية

(١) وأرى أن يقصر هذا الحق على مجلس الوزراء الاتحادى وليس لكل وزير على انفراد . وتلك الآراء الاستشارية غير ملزمة ولكنها ذات قيمة أدبية وفقهية لا يستهان بها .

(٢) عال المطيق ، نظام المحكمة الدستورية فى دولة الاتحاد ، مجلة السياسة الدولية ، أكتوبر ١ ص ١٠٥ وما بعدها .

المعنية ؟ أيكون على السلطات الدستورية الجمهورية أن تعمل على مطابقة دستورها أو قانونها لحكم الدستور أو القانون الاتحادى خلال مدة معينة ، وإلا بطل العمل بها ، أو أنه يترتب على مجرد صدور قرار المحكمة الدستورية ، عدم نفاذ النص المخالف للدستور أو القانون الاتحادى ، بحيث يتعين على المحاكم المختصة فى الجمهورية أن تمتنع عن تطبيقه ؟ ثم إن الدستور لم يشر إلى كيفية نشر قرارات المحكمة الدستورية حتى تنتج أثرها ، وبطبيعة الحال فإن القانون يمكن أن يعالج ذلك بأن ينص على نشرها فى الجريدة الرسمية الاتحادية ، وهى التى أشارت المادة ٦٦ من الدستور إلى أن مجلس الرياسة هو الذى ينشئها لتنشر فيها القوانين والقرارات واللوائح الاتحادية .

تشكيل المحكمة الدستورية الاتحادية

٥٦٧ — نصت المادة ٤٦ من الدستور على أن هذه المحكمة تشكل من عضوين عن كل جمهورية ، وتصدر قراراتها بالأغلبية ويكون صوت رئيسها مرجحاً . ومعنى هذا أن عدد أعضاء المحكمة فى الوقت الحاضر ستة . ولكن حينما تنضم جمهورية السودان أو أية جمهورية أخرى إلى الاتحاد مستقبلا ، يكون لكل منها عضوان فى المحكمة . ويجوز زيادة عدد أعضاء المحكمة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك بشرط مراعاة مبدأ التساوى بين الجمهوريات وهو نفس المبدأ الذى اتبعه الدستور فى تشكيل مجلس الأمة الاتحادى .

٥٦٨ — وقد نص الدستور أيضاً على أن مدة العضوية بالمحكمة أربع سنوات قابلة للتجديد ، ولكنه لم يتضمن تنظيماً لكيفية اختيار أعضاء المحكمة ، واقتصر على النص على أن مجلس رياسة الاتحاد هو الذى يشكل هذه المحكمة ، وأنه هو الذى يختار رئيسها من بين أعضائها[1] فهل يكون لمجلس الرياسة رأى فى ترشيحات الأعضاء التى تتقدم بها كل جمهورية ؟ ثم إن الدستور قد أحال إلى قانون يصدر بتحديد الشروط التى يجب توافرها فيمن يعين عضواً فى هذه المحكمة . وأعتقد أن هذه الشروط يمكن أن تكون هى نفس الشروط اللازم توافرها وفق قوانين كل جمهورية ، للتعيين فى الوظائف القضائية العليا . وبطبيعة الحال فإن القانون الذى يصدر بشأن تنظيم اختيار أعضاء هذه

(١) وكان من الأفضل أن ينتخبه أعضاء المحكمة .

المحكمة ، سيتضمن تنظيماً لحصانات أعضائها ، وأهم هذه الحصانات هى عدم قابلية عضو المحكمة للعزل طوال مدة عضويته بالمحكمة ، وهى أربع سنوات كما أسلفنا ، وكان من الأوفق — فى رأيى — عدم توقيت مدة العضوية[1] .

ب — دستور جمهورية مصر العربية

٥٦٩ — أسارع إلى القول بأن دستور جمهورية مصر العربية الصادر فى الحادى عشر من سبتمبر عام ١٩٧١ بعد موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء الذى أجرى فى نفس اليوم ، يمثل تقدماً واضحاً فى مجال الشرعية من حيث اعتباره مبدأ سيادة القانون مبدأ دستورياً بالنص فى المادة ٦٤ منه على أن « سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة » ، ومن حيث النص فى المادة ١٧٤ على أن « المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها . . » مسبغاً بذلك حصانة قضائية على هذا القضاء المستحدث[2] . وأعرض الآن فى

(١) ولا سيما أنها مدة قصيرة قياساً إلى مدد العضوية فى المحاكم الاتحادية والدولية .

(٢) نص الدستور أيضاً فى المادة ١٧٢ على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة . . » . وفى رأيى أن هذا النص لا يغير شيئاً من إلحاق مجلس الدولة بوزير العدل وهو ما يقضى به القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٨ « يكون مجلس الدولة هيئة مستقلة وتلحق بوزير العدل » . على أن إلحاق المجلس بوزير العدل ، وليس بوزارة العدل ، لا يعد معه المجلس فرعاً من فروع تلك الوزارة وإنما غاية ما هنالك أنه يلحق مباشرة بالوزير الذى يتم اتصال المجلس عن طريقه بسائر الجهات الأخرى ، فيقوم الوزير بتمثيل المجلس أمام السلطة التشريعية مثلا كما يقوم عنه ببحث ميزانيته فضلا عن الاتصال بسائر فروع السلطات الحاكمة . فهذا الإلحاق إذن لا يخول وزير العدل أى مقوم من مقومات السلطة الرياسية على مجلس الدولة وعلى أعضائه وموظفيه . بيد أن الدستور نص فى المادة ١٧٣ على أن « يقوم على شئون الهيئات القضائية مجلس أعلى يرأسه رئيس الجمهورية . . . » ، وكان القرار بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ قد أنشأ مجلساً أعلى للهيئات القضائية برياسة رئيس الجمهورية يشكل طبقاً للمادة الثالثة منه على الوجه الآتى « وزير العدل نائباً للرئيس وعضوية رئيس المحكمة العليا ورئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام ورئيس إدارة قضايا الحكومة ومدير النيابة الإدارية وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القاهرة الإبتدائية » . ومهمة هذا المجلس كما نصت عليها المادة الأولى من القانون هى « . . يتولى المجلس الإشراف على الهيئات القضائية والتنسيق فيما بينها ، ويبدى رأيه فى جميع المسائل المتعلقة بهذه الهيئات ، كما يتولى دراسة واقتراح التشريعات الخاصة بتطوير النظم القضائية » . —

عجالة لأحكام هذا الدستور مرجئاً الحديث عن المحكمة الدستورية إلى ما بعد الكلام عن المحكمة العليا التي أفردت لها مبحثاً مستقلا .

— وأضافت المادة ٢/٢ أن هذا المجلس يباشر « الاختصاصات المقررة المجلس الخاص للشئون الإدارية بمجلس الدولة أو للجمعية العمومية للمجلس فيما يتعلق بشئون أعضائه بموجب قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه أو أي قانون آخر » . والحق إن هذا القانون قد أفقد مجلس الدولة ، إلى حد كبير ، استقلاله في تصريف أموره الإدارية إذ نقل اختصاصات المجلس الأعلى لشئون الإدارية والجمعية العمومية ، للمجلس الأعلى للهيئات القضائية . وأهم هذه الاختصاصات ما يتعلق بشئون الأعضاء من تعيين إلى ترقية إلى تحديد أقدمية إلى إلحاق بالأقسام المختلفة فضلا عن الندب والإعارة . ولا شك أن هذا التمازج بين مجلس الدولة والهيئات القضائية الأخرى من شأنه أن يقلل من استقلاله الذاتي ، وهو الأمر الذي يحرص عليه أنصار القضاء المزدوج ، كما أن ازدياد تبعيته لوزير العدل ، الذي جرى العمل بأن يرأس المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، سيجعل ارتباطه به أوثق وأعمق عما كان عليه الحال فيما مضى ، الأمر الذي لا يحقق له الاستقلال المنشود عن الحكومة بحسبانه القاضي الذي يفصل في الخصومات التي تكون الإدارة طرفاً فيها . والحق إنه وإن كان تشكيل المجلس يتكون من تسعة أعضاء في القمة من مختلف الهيئات القضائية ، إلا أن العمل أثبت أن كلا منهم لا يكاد يهتم إلا بما يتعلق بالهيئة التي يتبعها ، بل إنه حتى فيما يتصل بالهيئة التي يتبعها فإن اهتمامه بما يعرض من شئونها ليس كاهتمامه قبل إنشاء المجلس الأعلى ، ولعل ذلك لا يرجع إلى عيب في القانون ذاته قدر ما يرجع إلى تهاون من أعضاء المجلس الذي جرى العمل على أن يرأسه وزير العدل . وقد اهتبل أحد وزراء العدل مؤخراً فرصة رياسة السيد رئيس الجمهورية لأول مرة المجلس الأعلى للهيئات القضائية وعرض على المجلس ، فيما عرضه عليه ، حركة ترقيات وتنقلات رجال القضاء دون عرضها على أعضاء المجلس ، كما لم يعرضها قبل انعقاده على اللجنة الخماسية المنبثقة عنه وذلك طبقاً لما تقضي به المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ ، على الرغم من أن هذه المادة هي ضمانة أكيدة لرجال القضاء ولكل هيئة أخرى من الهيئات القضائية بحسبانها أقدر من غيرها على دراسة التعيينات والترقيات والنقل والتظلمات المتعلقة بها تثبتاً من حال رجالها بالتمحيص والبحث قبل الفصل في أمرهم في الحركات القضائية ، وبصرف النظر عن أن مخالفة هذا النص وتخطى اللجنة يترتب عليه بطلان القرار الذي يصدر بالحركة أولا ، فإنه لا مراء أن مخالفة ما يقضي به نص المادة السادسة ينطوي على إخلال بحقوق القضاة وإهدار لضماناتهم ويتيح لوزير العدل أن يجرى الحركات القضائية على أهوائه وشهواته . هذا وقد رفع رئيس محكمة القاهرة الابتدائية في ذلك الوقت ، وهو عضو بالمجلس الأعلى للهيئات القضائية ، إلى السيد رئيس الجمهورية بصفته رئيس هذا المجلس شكاوى بعض رجال القضاء الذين أضيروا في الحركة القضائية التي نفذت في أول مارس ١٩٧١ مسجلا أن وزير العدل لم يعرض على اللجنة الخماسية مشروع تلك الحركة قبل عرضها على المجلس الأعلى الذي لم يتعرض في اجتماعه لبحثها ودراسة حالة من تناولتهم من رجال القضاء ، وكان معذوراً إذ لم يدر بخلد أحد من —

السلطة التنفيذية : رئيس الجمهورية

٥٧٠ — ثمة طريقان لانتخاب رئيس الجمهورية ، أحدهما أن يكون انتخابه بواسطة البرلمان ، وثانيهما أن يكون انتخابه بواسطة الشعب مباشرة . وقد اختار الدستور في المادة ٧٦ طريقاً وسطاً ، أو بعبارة أخرى أنه مزج بين الطريقين ، فنص على أن يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه . ويتم الترشيح في مجلس الشعب بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل . وإذا لم يحصل المرشح على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس أعيد الترشيح مرة أخرى بعد يومين من تاريخ نتيجة التصويت الأول ، ويعرض المرشح الحاصل على الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه . ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء ، فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية رشح المجلس غيره ، وتتبع في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها . ومدة الرياسة ست سنوات ويجوز إعادة الانتخاب لمدة تالية ومتصلة . وكنا نود أن يباشر رئيس الجمهورية مسئولية الحكم بواسطة الوزراء ، وهذا ما أكده بيان ٣٠ مارس عند ما تكلم عن الخطوط الأساسية العامة التي يقترحها للدستور الجديد. وقد نهج الدستور المصري نهج معظم دساتير البلاد الجمهورية ، فلم يستحدث مسئولية رئيس الجمهورية السياسية (أمام مجلس الشعب) ، أي مسئوليته عن تصرفاته المتعلقة بممارسة سلطاته مما ينطوي على انتهاك لحرمة الدستور أو سوء استعمال السلطة أو أي تصرف آخر مما يتصل بشئون الحكم ، مع أن هذه المسئولية تتفق والأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية حيث يعد رئيس الدولة — الخليفة أو الإمام — مسئولاً عن أعماله جميعها بحسبانه وكيلا للأمة تملك عزله[1] ، واكتفى الدستور بالنص في

— أعضائه أن يجرؤ الوزير على عرض حركة مغايرة لتلك التي سبق أن أقرتها اللجنة الخماسية في عهد الوزير الأسبق ، وقد استبان السيد رئيس الجمهورية صحة ما نسب إلى وزير العدل فأمر مشكوراً بإعفائه من منصبه بعد شهور قليلة . وقد شيع الوزير رئيس تحرير صحيفة يومية كبرى في اليوم التالي بالعبارة التالية « إن تغيير وزير العدل أعاد إلى الناس ثقتهم في عدالة الأرض » .

(١) أنظر عبد الحميد متولي ، مبادىء نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادىء الدستورية الحديثة ص ٩١٤ — ٩١٨ والمراجع الشرعية المشار إليها فيه .

المادة ٨٥ على مسئولية رئيس الجمهورية الجنائية فى حالة الخيانة العظمى أو ارتكاب جريمة جنائية ، ويكون اتهامه بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل ، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس ، وتجرى المحاكمة أمام محكمة خاصة ينظم القانون تشكيلها وإجراءات المحاكمة أمامها ويحدد العقاب . وجدير بالذكر أن دستورنا المؤقت كان ينص على المسئولية السياسية لرئيس الجمهورية فى حالة واحدة أوردتها المادة ١١٢ وهى « عدم الولاء لنظام الجمهورى » ، كما أن بعض الدساتير الحديثة تأخذ بهذه المسئولية السياسية فى حالة انتهاك حرمة الدستور فقط[1] .

اختصاصات رئيس الجمهورية

٥٧١ — لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين وإصدارها أو الاعتراض عليها ، وهو الذى يعين رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويعفيهم من مناصبهم ، وله حق دعوة مجلس الوزراء للانعقاد وحضور جلساته وتكون له رياسة الجلسات التى يحضرها كما يكون له حق طلب تقارير من الوزراء ، وهو يعين الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين ويعزلهم على الوجه المبين فى القانون . ويصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره فى إصدارها ، كما يصدر لوائح الضبط والقرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة . وإذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف

(١) من ذلك دستور كل من الجمهورية الإيطالية الصادر عام ١٩٤٧ والجمهورية اليونانية الصادر عام ١٩٢٦ والمعدل عام ١٩٤٧ والجمهورية الأسبانية ١٩٣١ والألمانية ١٩١٩ — راجع عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ط ١٩٥٦ ص ٢٥٤ . أما دستور جمهورية تشيكوسلوفاكيا الصادر عام ١٩٦٠ فقد ذهب إلى أبعد من ذلك إذ نص على أن رئيس الجمهورية مسئول أمام الجمعية الوطنية عن جميع أعمال وظيفته ، كما أن دستور جمهورية ألمانيا الديمقراطية الصادر عام ١٩٤٩ يجيز إقالة الرئيس ونوابه بقرار من مجلس الشعب (المادة ١٠٨) .

جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر .

ويعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارىء على الوجه المبين فى القانون ، ويجب أن يكون إعلانها لمدة محددة لا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب الذى يجب عرض هذا الإعلان عليه خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه .

ولرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها ، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون . وهو الذى يعلن الحرب بعد موافقة مجلس الشعب ، ويبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان . وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة . على أن معاهدات الصلح والتحالف وتلك التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة تجب موافقة مجلس الشعب عليها . ولرئيس الجمهورية أيضاً أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا[1] .

٥٧٢ — هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى أن المواد التى تكلمت عن رئيس الدولة فى الدستور جاءت فى الفصل الأول من الباب الخامس المعنون « نظام الحكم » ، واصطلاح « نظام الحكم » فى رأيى لا يصلح أن يكون عنواناً لباب من أبواب الدستور لأنه مرادف لاصطلاح « الدستور » نفسه ، إذ الدستور إنما يقصد به بيان نظام الحكم لدولة من الدول ؛ ولعل ذلك مرده إلى أن دستور ١٩٢٣ وقع فى هذا الخطأ واقتفى أثره دستور عام ١٩٣٠ ثم الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ . ونظرة فى دساتير الدول الغربية أو الاشتراكية أو الشيوعية كفيلة بتأكيد هذا النظر ، ذلك أن أياً منها لم يجعل لباب فيه عنوان « نظام الحكم »[2] .

(١) أجرى الرئيس ديجول أربعة استفتاءات أثناء فترة رياسته كان آخرها حول مشروع الإصلاح الإقليمى ومجلس الشيوخ الذى طرحه عام ١٩٦٩ وكانت إجابة الشعب الفرنسى عليه بلا ، فاستقال ديجول . ثم أجرى خلفه الرئيس بومبيدو استفتاء حول توسيع السوق الأوروبية المشتركة فى إبريل من هذا العام جاءت الإجابة عنه بنعم .

(٢) عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ١٩٥٦ ص ٦٨٢ — ٦٨٤ . وأشير بهذه المناسبة إلى أن كثيراً من دساتير البلاد العربية قد اقتفت أثرنا فى خطأ —

الحكومة[1]

٥٧٣ — الحكومة هى الهيئة التنفيذية والإدارة العليا للدولة ، وتتكون من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويشرف رئيس مجلس الوزراء على أعمالها . ويشترك مجلس الوزراء مع رئيس الجمهورية — الذى يتولى السلطة التنفيذية — فى وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وفقاً للقوانين والقرارات الجمهورية ، ويوجه ويتابع وينسق أعمال الوزارات والجهات التابعة لها والهيئات والمؤسسات العامة ، كما أنه يصدر القرارات الإدارية والتنفيذية ويعد مشروعات القوانين والقرارات ومشروع الموازنة العامة للدولة ومشروع الخطة العامة . ويعقد مجلس الوزراء القروض ويمنحها وفقاً للدستور ، ويلاحظ تنفيذ القوانين ويحافظ على أمن الدولة ويحمى حقوق المواطنين ومصالح الدولة . والوزير هو الرئيس الإدارى الأعلى لوزارته ، يتولى رسم سياسة الوزارة فى حدود السياسة العامة للدولة ويقوم بتنفيذها .

مسئولية الوزراء

٥٧٤ — لرئيس الجمهورية ولمجلس الشعب حق إحالة الوزير إلى المحاكمة عما يقع منه من جرائم أثناء تأدية أعمال وظيفته أو بسببها . ويكون قرار مجلس

=استعمال عنوان « نظام الحكم » كدستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢ ودولة الكويت لسنة ١٩٦٢ والمملكة الليبية لسنة ١٩٦٣ والدستور المؤقت العراق لعام ١٩٦٤ . وقد تطرف دستور المملكة المغربية لعام ١٩٦٢ فى التأثر بنا إلى حد أنه جعل من العنوان المذكور نصاً لمادة من مواده وهى المادة الأولى من الباب الأول التى تجرى بأن « نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية ديمقراطية اجتماعية » ، فاستعمل هذا الدستور اصطلاح « نظام الحكم » فيما يطلق عليه فقهاء القانون الدستورى « شكل الحكومة » .

(١) كنا نؤثر على اصطلاح « الحكومة » اصطلاح « الوزارة » لما للاصطلاح الأول من دلالات مختلفة . والمقصود هنا بهذا الاصطلاح : رئيس الوزارة ونوابه والوزراء . وحسناً فعل واضعو الدستور إذ لم يحددوا مدة الوزراء لأن ذلك ما يؤدى إلى عدم الاستقرار الوزارى وهو فى مقدمة العيوب التى تنسب لنظام الحكم فى بلد من البلاد لفقدان روح الاستمرار فى الحياة السياسية والإدارية وهو ما يؤدى إلى اضطراب العمل وسير أداة الحكم ، كما يؤدى إلى إحاطة مراكز الحكم وهيبتها بإطار من عدم الاحترام . ولا محل هنا للقياس على منصب رئيس الجمهورية طالما أن لهذا الأخير ولمجلس الشعب حق سحب الثقة من الوزراء فى سهولة ويسر .

الشعب باتهام الوزير بناء على اقتراح يقدم من خمس أعضائه على الأقل ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس . ولا يحول انتهاء خدمة الوزير دون إقامة الدعوى عليه أو الاستمرار فيها . وتكون محاكمته وإجراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب على الوجه المبين بالقانون[1] . وتسرى هذه الأحكام على نواب الوزراء .

السلطة التشريعية

٥٧٥ — يتولى سلطة التشريع فى الدستور المصرى مجلس الشعب ، ويقر السياسة العامة للدولة ، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية . ونصت المادة (٨٧) على ألا يقل عدد أعضائه عن ثلاثمائة وخمسين عضواً نصفهم على الأقل من العمال والفلاحين[2] يكون انتخابهم عن طريق الانتخاب المباشر السرى العام . ويجوز لرئيس الجمهورية أن يعين فى مجلس الشعب عدداً من الأعضاء لا يزيد على عشرة . ومدة مجلس الشعب خمس سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له ، ويجرى الانتخاب لتجديده خلال ستين يوماً السابقة على انتهاء مدته . ومجلس الشعب هو الذى يقبل استقالة أعضائه الذين لا يؤاخذون عما يبدون من الأفكار والآراء فى أداء عملهم فى المجلس أو فى لجانه ، كما لا يجوز فى غير حالة التلبس بالجريمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس ، وفى غير دور انعقاد المجلس يتعين أخذ إذن رئيس المجلس . ولرئيس الجمهورية ولكل

(١) والقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ فى شأن محاكمة الوزراء لا يزال قائماً ، ويتكون الباب الأول من أربعة مواد وعنوانه « الهيئة المختصة بمحاكمة الوزراء » ، ويتكون الباب الثانى من ثلاث مواد وعنوانه « فى مسئولية الوزراء » والباب الثالث من اثنى عشرة مادة وعنوانه « إجراءات الاتهام والمحاكمة » ، أما الباب الرابع فعنوانه « أحكام عامة » ويتكون من ستة مواد .

(٢) ثم مشروع قانون جديد لمجلس الشعب معروض الآن على لجنته التشريعية يعرف الفلاح بأنه من لا يجوز هو وأسرته أكثر من عشرة أفدنة على أن تكون الزراعة مصدر رزقه وعمله الوحيد وأن يكون مقيما فى الريف . ويعرف العامل بأنه من يعمل يدوياً أو ذهنياً فى الصناعة أو الزراعة أو الخدمات ويعيش من دخله الناتج من هذا العمل ولا يحق له الانضمام إلى نقابة مهنية ولا يكون من خريجى الجامعات أو المعاهد العليا .

عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين (م ١٠٩) ، كما أن لرئيس الجمهورية عنـد الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون (م ١٠٨) .

٥٧٦ — ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو أحـد الوزراء أو نوابهم أسئلة فى أى موضوع يدخل فى اختصاصاتهم ، كما أن له حق توجيه استجوابات إليهم لمحاسبتهم فى الشئون التى تدخل فى اختصاصاتهم . وقد نصت المادة ١٢٦ على مسئولية الوزراء أمام مجلس الشعب عن السياسة العامة للدولة ، وأن كل وزير مسئول عن أعمال وزارته .

ولمجلس الشعب أن يقرر سحب الثقة من أحد نواب رئيس مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو نوابهم ، ولا يجوز عرض طلب سحب الثقة إلا بعد استجواب وبناء على اقتراح عشر أعضاء المجلس . ويكون سحب الثقة بأغلبية الأعضاء . كما نصت المادة ١٢٧ على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسئولية رئيس مجلس الوزراء ، ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس بعد استجواب موجه إلى الحكومة . وفى حالة تقرير المسئولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع وما انتهى إليه من رأى فى هذا الشأن وأسبابه . ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام ، فإذا عاد المجلس إلى قراره من جديد جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة على الاستفتاء الشعبى الذى يجب أن يجرى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس ، فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة اعتبر المجلس منحلا وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة . وإذا تقررت مسئولية رئيس مجلس الوزراء أمام مجلس الشعب ، قدم استقالته إلى رئيس الجمهورية .

ولمجلس الشعب أن يكون لجنة خاصة أو يكلف لجنة من لجانه بفحص نشاط

إحدى المصالح الإدارية أو المؤسسات العامة أو أى جهاز تنفيذى أو إدارى أو أى مشروع من المشروعات العامة وذلك من أجل تقصى الحقائق وإبلاغ المجلس بحقيقة الأوضاع المالية أو الإدارية أو الاقتصادية أو إجراء تحقيقات فى أى موضوع يتعلق بعمل من الأعمال السابقة . وللجنة فى سبيل القيام بمهمتها أن تجمع ما تراه من أدلة ، وأن تطلب سماع من ترى سماع أقواله ، وعلى جميع الجهات التنفيذية والإدارية أن تستجيب إلى طلبها وأن تضع تحت تصرفها لهذا الغرض ما تطلبه من وثائق أو مستندات أو غير ذلك[1] .

---

(١) ولهذا ، ولأن رقابة السلطة التشريعية لأعمال السلطة التنفيذية تستتبع الفصل بين السلطتين ، فإننا نرى ضرورة عدم استثناء رؤساء بعض المؤسسات وغيرهم من العاملين فى القطاع العام أو الحكومة من شرط تفرغ عضو مجلس الشعب لعضوية المجلس .

والذى يبدو من مراجعة المادة ١٣١ من الدستور أن اختصاص المجلس يتناول فحص نشاط الأجهزة التنفيذية إلى جانب القطاع العام وأن هذا الاختصاص ، قد يكون اختصاصاً « بالفحص » من أجل « تقصى الحقائق » وإبلاغ المجلس « بحقيقة الأوضاع المالية أو الإدارية أو الاقتصادية » وقد يكون اختصاصاً بالتحقيق فى موضوع من هذه الموضوعات وفى سبيل ذلك يمكن للجنة أن تجمع الأدلة وأن تسمع الأقوال وأن تطلب المستندات . غير أن نصوص اللائحة الداخلية فى ظاهرها قد تبدو متناقضة : فهى قد نقلت فى مادتها ٩٥ حكم المادة الواردة فى الدستور بحذافيرها بشأن « التقصى والتحقيق » ، ولكن المادة ١٦ من نفس اللائحة ، تقرر لمكتب المجلس الحق فى أن يحدد اللجان موضوعات معينة « لدراستها » وأن يحدد أسلوب هذه الدراسة . ومن ذلك تكليف اللجنة المختصة أو لجنة خاصة « باستظهار » الحقائق فى موضوع معين . هنا تستعمل اللائحة تعبيراً مختلفاً هو تعبير « استظهار الحقائق » لا « تقصى الحقائق » ومع ذلك فإنى أعتقـد أننا أمام فرضين مختلفين : فرض يتعلق فيه الأمر بدراسة « موضوع عام » مثل دراسة « الخدمة الصحية » ، وهذه الدراسة قد تتم بأية وسيلة : قد تتم بعقد جلسات استطلاع أو بتكليف اللجنة المختصة أو لجنة خاصة « لاستظهار الحقيقة » فى هذا الموضوع . وفرض يتعلق فيه الأمر بفحص نشاط « مصلحة حكومية معينة » أو نشاط شركة قطاع عام معينة أو مشروع من المشروعات العامة أو موضوع معين ، وهذا الفحص قد يتطلب التحقيق أيضاً ، مثـل أن يراد إجراء تقصى وتحقيق فى مستشفى قصر العينى مثلا . والفرضان غير منفصلين مع ذلك ، فقد تنتهى دراسة « الاستظهار » فى الموضوع العام إلى وجوب إجراء تقصى أو تحقيق فى نشاط معين متصل بهذا الموضوع العام . غير أنه لا الدستور ولا اللائحة الداخلية للمجلس قد تناولا موضوع إنشاء لجنة دائمة لمتابعة ورقابة نشاط القطاع العام ، وأعتقد أن فى الإمكان أن تنشأ مثل هذه اللجنة عند مراجعة اللائحة الداخلية ، أو تتولى هذا الاختصاص لجنة برنامج العمل الوطنى والخطة والموازنة والحسابات الختامية ، وهى التى تعهد إليها اللائحة الداخلية بفحص التقارير السنوية عن المركز المالى للهيئات —

٥٧٧ — وأخيراً فإنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب ، ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف

— والمؤسسات العامة وفحص الحسابات الختامية والتقارير السنوية للجهاز المركزى للمحاسبات . ذلك أن الدستور الجديد قد أوجب عرض الحساب الختامى لميزانية الدولة على مجلس الشعب فى مدة لا تزيد على سنة من تاريخ انتهاء السنة المالية كما أوجب عرض التقرير السنوى للجهاز المركزى للمحاسبات وملاحظاته . والذى أتصوره أنه يحسن بالمجلس أن يبدأ بممارسة اختصاصه العام فى فحص تقارير الجهاز المركزى للمحاسبات عن طريق لجنته المختصة ، وأن يبدأ بممارسة اختصاصه العام فى مناقشة ودراسة واستظهار الحقيقة فى بعض الموضوعات العامة التى تتعلق بنشاط القطاع العام أو أجهزة الدولة عن طريق لجانه المختصة ومن خلال ذلك قد يقترح معالجة تشريعية كما أنه قد يرى أن يسلط الضوء على الوقائع أو الحالات التى تقتضى « التقصى والتحقيق » فينشىء لها لجاناً خاصة لهذا الغرض ، على أن تمارس هذه الإجراءات بحذر ، فلا تتحول إلى تحقيق جنائى ولا تنزل إلى التدخل فى أعمال الإدارة اليومية للمشروعات بما يشل حركتها ، ولا تنصرف إلى الوقائع الفردية التى تدخل معالجتها فى مسئولية الوزراء ، ولا تتحول إلى نوع من الرقابة الإدارية أو النيابة الإدارية بل تكون مهمتها أساساً « فحص النتائج وتبين أوجه « القصور » واقتراح « العلاج » أو تحريك « المحاسبة السياسية » للحكومة التى يلبط بها الدستور توجيه وتنسيق ومتابعة أعمال الوزارات والجهات التابعة لها والهيئات والمؤسسات العامة . هذا هو الأسلوب الذى يجب أن نفكر فيه حتى تتحقق جدية الرقابة وفعاليتها وحتى لا يحيط بالتجربة مع أصالتها ما أحاط بها حينما شكلت لجان مماثلة عام ١٩٦٦ كان لها أقوى دوى وفى نفس الوقت لم تكن أكثر من صوت إثارة لا أداة تصحيح ومحاسبة » من مقال للدكتور جمال الدين العطيفى بجريدة الأهرام فى إبريل ١٩٧٢ » .

هذا ويبدو من استقراء تجربة التحقيق فى نظام يقوم على الفصل التام بين السلطات مثل النظام الأمريكى ، أن لجان التحقيق لا ترتبط بسلطة الرقابة ، بل ترتبط بسلطة التشريع . فقد أجيزت هذه اللجان على أساس أن ما يجريه الكونجرس من تحقيقات قد يعاونه فى إصدار القوانين اللازمة . غير أن الوضع يختلف بالنسبة للتحقيق أو التقصى الذى يقوم به المجلس لبسط رقابته على سير القطاع العام ، باعتبار أن هذا التحقيق والتقصى جزء أساسى من وظيفته فى الرقابة ، فهو هنا اختصاص يتصل بالرقابة قبلما يتصل بالتشريع ، وإن كان قد يؤدى فى نتيجته إما إلى تحريك المسئولية السياسية أو إلى إصدار تشريع لسد القصور الذى قد يكشف عنه التقصى . أما فى فرنسا فقد شكلت لجان استهدفت النقد بحجة أنها تتعارض مع السلطة الرياسية للوزراء وأنها تتدخل فى صميم سير الأداة الحكومية . وانتهت التجربة بهذه الرقابة إلى أنها أصبحت تمارس عن طريق فحص الميزانيات وتقارير مراقبى الحسابات ، وأنه لا يجوز طلب المعلومات مباشرة من المشروعات العامة نفسها ، بل يتعين طلبها من طريق الوزراء المختصين ، وهو ما كان وزير المالية الفرنسى « شومان » قد تمسك به عند مناقشة قانون ١٩٤٨ حيث قال إنه لا يجوز سماع أقوال أى موظف بغير إذن الوزير المختص ، كما أن مجلس الدولة قد انتهى إلى أن حق استدعاء موظفى المشروعات العامة يقتصر على المديرين —

جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً ، فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل ، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به .

— المسئولين ، كذلك انتهت الممارسة إلى أن هناك من المعلومات ما يمكن حجبه عن هذه اللجان ولاسيما ما يتعلق منها بالأمن القومى مثلا ، أو ما يمكن أن يمس الأسرار الصناعية والتجارية حماية للمشروعات من المنافسة . ولما صدر دستور ديجول عام ١٩٥٨ واتجه نحو التوسع فى سلطة الحكومة على حساب سلطة البرلمان ، تغير وضع هذه اللجان ، فأصبح البرلمان يعرف نوعين من اللجان : لجان تحقيق بالمعنى التقليدى ولجان رقابة . أما لجان التحقيق فإن الغرض منها هو جمع عناصر المعلومات عن وقائع معينة ، ثم عرض النتائج على المجلس الذى قرر إنشاء هذه اللجان . فهى لجان تنشأ خصيصاً لكل مسألة ، وشأنها شأن لجان التحقيق المعروفة من قبل والتى كانت تتصدى للفضائح السياسية أو المالية الخطيرة . أما لجان الرقابة ، فهى التى خلفت اللجان النوعية الخاصة برقابة المشروعات المؤممة . ولكن فى ظل دستور ديجول أصبح لهذه اللجان صفة مؤقتة لا دائمة . فمهمتها تنتهى بإيداع تقريرها ، بل إن مدتها لا يجوز أن تجاوز أربعة شهور من تاريخ صدور قرار المجلس بتشكيلها ، ولا يجوز إعادة تشكيلها لنفس الغرض قبل انقضاء سنة على انتهاء مدتها الأولى وهذه اللجان تعتمد أساساً على فحص حسابات المشروعات العامة ، وهى تستعين عادة « بمحكمة المحاسبات » ومن مهمتها أن تساعد البرلمان والحكومة معاً فى الرقابة على تنفيذ القوانين المالية فللبرلمان أن يطلب من هذه المحكمة أن تقوم بتحقيق أو دراسة لوضع من أوضاع هذه المشروعات العامة . بيد أن هذه اللجان لم تؤد دوراً هاماً فى فرنسا ، وقيل فى تبرير ذلك إن اللجان ليست الجهة الملائمة لإجراء مثل هذه الرقابة لعدم توافر الخبرات الفنية فى أعضائها ، وبحسب البرلمان أن يجرى رقابة عامة أساسها مناقشة السياسة العامة لا الدخول فى تفصيلات التسيير اليومى للإدارة الحكومية . كذلك عرفت انجلترا نفس التجربة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية بعد قيام حكومة العمال بتأميم بعض المشروعات فأنشأ مجلس العموم فى عام ١٩٥٥ لجاناً لفحص حسابات المشروعات المؤممة وهى لجان مختارة **Selected** وقد أصبحت لجاناً دائمة **Standing** ولكن هذه اللجان قد قيدت بقيود عديدة : من ناحية استبعد من اختصاصها كل مسألة يكون الوزير المختص قد اتخذ قراراً فيها ، وتلك التى تدخل فى نطاق مسئوليته الوزارية ، كما استبعدت المسائل التى تختص جهات أخرى بنظرها بموجب تشريعات خاصة ، مثل شكاوى المستهلكين التى تختص بها لجان المستهلكين كما استبعدت المسائل المتعلقة بالإدارة اليومية للمشروعات التى يجوز لها أن تتولى فحصها بحيث لا تمتد إلى ما يتعلق بالأمن القومى مثل مؤسسة الطاقة الذرية . كما أنه بصفة عامة لا يجوز لهذه اللجان أن تدخل فى التفصيلات . واقتصر الأمر فى النهاية على دراسة النتائج المالية للمشروعات وأساليب فعاليتها الإدارية ولذلك سميت هذه اللجان « بلجان التقارير والحسابات **Reports, Accounts** » . وقد قدمت تقارير هامة إلى مجلس العموم ونشرت على الرأى العام مثل تقرير لجنة « هيفردج » التى شكلت للإذاعة ولجنة « هيرز » التى شكلت لمشروع نقل لندن ولجنة « فليك » لتنظيم الفحم ولجنة « هيربرت » للاستقصاء فى صناعة توريد الكهرباء . ومع هذا فقد اقترح أن يكون هذا —

ويجب أن يشتمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب فى ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء . ويجتمع المجلس الجديد خلال الأيام العشرة التالية لإتمام الانتخاب .

السلطة القضائية Pouvoir judiciaire

٥٧٨ — أبرز الدستور المصرى فى المادة ١٦٥ ، حقيقة استقلال السلطة القضائية عن كلتا السلطتين التشريعية والتنفيذية ولم يخالفها [١] ، فمن طبيعة القضاء أن يكون مستقلا — والأصل فيه أن يكون كذلك — وكل مساس بهذا الأصل من شأنه أن يعبث بجلال القضاء ، وكل تدخل فى عمل القضاء من جانب أية سلطة من السلطتين يخل بميزان العدل ويقوض دعائم الحكم ، فليس ثمة شبهة فى أن وجود قضاء مستقل هو الضمان الأساسى لدولة القانون [٢] . والنص فى المادة ١٦٦ على أن « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون . . » معناه « استقلال القضاء » فحسب ، وهو شعار قاصر عن استيعاب كل المعانى الخالدة التى يمثلها القضاء ، ذلك أنه لا جدوى من وراء هذا الاستقلال إذا لم يكن القضاء سلطة أو لم يكن له كيان وإنما اندمج فى إرادة الحكم أو صار مغموراً بغير المتخصصين [٣] ، ومن

— الفحص الدورى لنتائج المشروعات مرة كل سبع سنوات ، بحجة أن مثل هذا الفحص يشغل وقت الموظفين ، بل اقترح أن يكون ذلك كل عشر سنوات . ومن الغريب أن حكومة العمال فى عام ١٩٥٠ هى التى اقترحت ذلك — يراجع فى ذلك كتاب اللورد موريسون زعيم حزب العمال ومتوانه : الحكومة والبرلمان طبعة ١٩٥٤ وآخر طبعة له عام ١٩٦٦ . والواقع أن مجلس العموم البريطانى لا يزال يعتمد أساساً على الرقابة التى يجريها المراجع والمراقب العام وهو شخصية هامة تتمتع باستقلال عن الحكومة ويقدم تقاريره إلى المجلس .

(١) ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون استقلال القضاء الصادر عام ١٩٤٣ هذه العبارة « يقوم القضاء بجانب السلطتين التشريعية والتنفيذية بأداء رسالة هى بطبيعتها مستقلة عن هاتين السلطتين » . وانظر مقال الدكتور محمد عصفور « استقلال السلطة القضائية » مجلة القضاة ١٩٦٨ ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٢) وتلك حقيقة أبرزها كبير القضاة الأمريكيين Story منذ عشرات السنين حيث قال « إنه لا توجد فى الحكومات البشرية سوى قوتين ضابطتين : قوة السلاح وقوة القوانين . وإذا لم يتول قوة القوانين قضاة فوق الخوف وفوق كل ملامة ، فإن قوة السلاح هى التى ستسود حتما ، وبذلك تؤدى إلى سيطرة النظم العسكرية على المدنية » .

(٣) ويقول الدكتور محمد عصفور فى مقاله سالف الذكر « إذا لم يعترف بالقضاء —

ثمة كان النص فى المادة ١٦٥ على أن « السلطة القضائية » مستقلة . بيد أن واضعى الدستور عادوا فنالوا من استقلال السلطة القضائية بالنص فى المادة ١٧٠ على إسهام الشعب فى إقامة العدالة ، ذلك أن مؤدى الاعتراف باستقلال القضاء كسلطة ، أن يكون القضاء جهة متخصصة فلا يقحم عليه أفراد عاديون لا يحملون مؤهلا ولم يكتسبوا خبرة تمكنهم من ممارسة عمل فنى متخصص غاية التخصص ، فضلا عن سهولة التأثير عليهم عن طريق الوعد أو الوعيد نتيجة قابليتهم للعزل حتى من أعمالهم الأصلية من ناحية ، والاختلاط بالأهالى والاشتباك بمصالحهم من ناحية أخرى . وقد سبق لنا نقد هذا النص وعرضنا لبعض صور القضاء الشعبى التى عرفتها مصر فى تاريخها القضائى وبينا كيف أن سيرته فيها كانت أسوأ السير ، وطالبنا بعدم التسرع فى إصدار القانون المنظم لإسهام الشعب فى العدالة قبل الدراسة الجادة والمتأنية ، وأشرنا إلى أن مجالس الصلح التى نصت عليها المادة ٦٤ من قانون المرافعات لما يصدر بتنظيمها وبيان الإجراءات التى تتبع أمامها إلى الآن قرار رئيس الجمهورية على الرغم من سريان قانون المرافعات الذى استحدثها من ١٠ نوفمبر عام ١٩٦٨ [١] . ويكفى أن أشير إلى أن آراء كافة المشتركين من رجال

— كسلطة تنبسط حتماً ولزاماً على كل نزاع قانونى يثور ، فلن يكون هناك عاصم يعصم الفرد من الاضطهاد إذ يستطيع الحاكم أن يمنع صوته عن القضاء بتحصين بعض التصرفات أو حظر سماع بعض الدعاوى . ليس هذا فحسب ، بل إنه لن يكون هناك سند قانونى يحول بين قيام محاكم خاصة — عسكرية أو غيرها — إلا بالتسليم بأن القضاء سلطة وأن محاكمه العادية هى التى وحدها تملك المحاكمة وأنه لا تشاركها فى هذا السلطان محاكم أخرى . . وما جدوى استقلال القضاء إذا أفسدنا القضاء نفسه فأقحمنا عليه غير المتخصصين من غير القضاة بدعوى السيادة الشعبية التى تجعل من حق الشعب المشاركة فى أعمال القضاء ؟ وهل صلحت هذه السيادة الشعبية سنداً لإقحام أفراد عاديين من عامة الشعب لكى يشاركوا موظفى الإدارة فى أعمال التشريع أو لكى يشاركوا موظفى الإدارة فى الاضطلاع بمهام الإدارة ؟ وهل عمل القضاء أقل « فنية » من عمل المشرع أو عمل رجل الإدارة حتى يصبح نهباً مستباحاً لمن لا يحمل مؤهلا وخبرة يمكنانه من ممارسة عمل فنى متخصص غاية التخصص ؟ وما جدوى استقلال القضاء إذا اعتدينا على حيدة القضاء وأقحمناه فى السياسة فنضيع حياده كجهة تحافظ على احترام القانون ؟ وهل يمكن أن تسمى جهة غير محايدة « قضاء » والحيدة هى جوهر القضاء ؟ .

(١) راجع هامش ص ٢٨٩ و ٢٩٠ . وانظر أيضاً ما ذكرناه عن الدستور الإيطالى والدستور الجديد فى اليابان هامش ص ٢٧٨ و ٢٧٩ .

القانون ومستشارى محاكم الجنايات فى دول أوربا الغربية فى المؤتمر العلمى الذى عقد فى جامعة لوفان Louvain البلجيكية عام ١٩٦٧ — قد انعقد على على ضرورة نبذ نظام المحلفين لمنافاته لروح العصر والتطور العلمى المستمر فى مجال القانون الجنائى ولأن ضمير العدالة لا يطيقه .

وضع القضاء كسلطة فى الدساتير المختلفة

٥٧٩ — يأخذ الأغلب الأعم من دساتير العالم — باستثناء دساتير دول الكتلة الشرقية — بأن القضاء سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية[١] ، ودساتير الدول العربية كلها سواء فى ذلك دساتير الملكيات أو الجمهوريات تكاد تؤكد هذا المبدأ[٢] . وتقف فى الجانب الآخر دساتير دول الكتلة الشرقية فهى لا تعترف بأن القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث لأنها لا تعترف بمبدأ الفصل بين السلطات . وإنه وإن نصت المادة ١٩٢ من دستور اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية على أن « القضاة مستقلون وغير خاضعين إلا للقانون » إلا أن وصف الاستقلال ينصرف فحسب إلى أشخاص القضاة لا إلى القضاء نفسه ، وقد سبق أن أوردت نص المادة ١٠٢ التى لم تنص على أن القضاء سلطة من السلطات وإنما اكتفت بتقرير أن المحاكم المختلفة — ومن بينها المحاكم الشعبية — تتولى تحقيق العدالة فى الاتحاد السوفيتى ، وكذلك فعل دستور كل من جمهورية بولندا الشعبية الصادر عام ١٩٥٢ والجمهورية الاشتراكية التشيكوسلوفاكية الصادر عام ١٩٦٠ ويوغوسلافيا الاشتراكية الفيدرالية الصادر عام ١٩٦٣ حيث يتحدث دستورها صراحة عن « الوظيفة

---

(١) فقد نص دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية فى المادة ٩٢ على أن « يعهد بالسلطة القضائية إلى القضاة . وخصص الدستور الإيطالى الباب الرابع منه للقضاء ونصت المادة ١٠٤ منه على أن « القضاء نظام قائم بذاته مستقل عن كل سلطة أخرى » . ونصت المادة ٧ من الباب الأول من دستور الجمهورية التركية على أن « تتولى محاكم مستقلة ممارسة السلطة القضائية باسم الأمة التركية » كما تنص على السلطة القضائية صراحة فى الدول الإفريقية دساتير جمهوريات إفريقيا الوسطى والسنغال والصومال والكيمرون والنيجر وجابون وساحل العاج وغينيا وفولتا العليا . كما تأخذ معظم دساتير الدول الأسيوية بأن القضاء سلطة مستقلة ومن ذلك الهند واليابان وأفغانستان .

(٢) من ذلك دساتير المغرب والكويت والمملكة الأردنية الهاشمية والجمهوريات التونسية واللبنانية والعراق وسوريا ومصر .

القضائية »[١] . أما جمهوريات الصين الشعبية فإنه على الرغم مما قد يتبادر من ظاهر بعض نصوص دستورها أن القضاء سلطة تضطلع بها المحاكم الشعبية ، فإن سيطرة الهيئات النقابية والحزب على أعمال المحاكم لا يترك شكاً فى أن القضاء لا يعد سلطة على أى وجه[٢] .

المدعى العام الاشتراكى

٥٨٠ — نص دستور جمهورية مصر العربية لأول مرة فى الفصل السادس من الباب الخامس على وظيفة « المدعى العام الاشتراكى » وناط به مسئولية

---

(١) المبدأ العام فى دول الكتلة الشرقية كافة مع تفاوت بسيط فى التفصيلات — هو اختيار القضاة بطريق الانتخاب . ولا يقف دور غير المتخصصين فى هذه الدول عند حد انتخاب القضاة وإنما يتجاوزه إلى المساهمة فى أعمال القضاء . وقد اعتبرت هذه المساهمة مظهراً من مظاهر « الوظيفة التثقيفية للقضاء » educational function . وتخول التجمعات الانتخابية فى الاتحاد السوفيتى electoral colleges حق إلغاء تعيينات القضاة قبل انتهاء مدد وظائفهم . وفى ألمانيا الشرقية تلزم المحاكم بأن ترد على نقد الممثلين المحليين للشعب خلال أربعة أسابيع . وهذا الانتقاص من استقلال القضاء أمر مستخلص من فكرة إمكان محاسبة المحاكم أمام الشعب answerability to the people — الدكتور محمد عصفور فى مقاله السابق .

(٢) ووجهة نظر الماركسية والمشايعين لها كما سبق أن ذكرت ، سواء فى الاتحاد السوفيتى أو أوربا الشرقية أو الصين — توجب النظر إلى القانون والسياسة كوجهين لعملة واحدة لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر وأنه يجب على القانون أن يخدم السياسة ، وتأسيساً على هذا يتعين أيضاً أن يعتبر القضاء هو الآخر سياسياً ، فلا يكتفى بأن يكون رجال القضاء من الحزب وإنما يجب أن يخضع القضاء كله لتوجيهات الحزب . وزيادة فى الاطمئنان يجب أن يكون تشكيل المحاكم من الشعب العامل إذ لا يهم انخفاض مستوى الكفاية الفنية لهؤلاء العاملين بالقضاء طالما أنهم يتخذون موقفاً صلباً وحاسماً . وهذا هو السبب فى المنحى الذى تخلله الإصلاح القضائى فى الصين الذى أجرى عام ١٩٥٢ حيث أكره معظم رجال القانون القدامى على أن يعملوا فى مجالات غير قانونية بل وأكره بعضهم على أن يعملوا سائقين يجرون العربات . ولقد قال لينين منذ زمن بعيد « إن المحكمة هى أداة البروليتاريا والطبقات العاملة » . وما كان يجرى فى الاتحاد السوفيتى يجرى اليوم فى جمهورية ألمانيا الديمقراطية ، فقد أكد النائب العام السابق ضرورة التزام المحاكم بمبدأ الحزبية Partyness فقال « يجب أن تعكس الأحكام القضائية الرغبة فى تنفيذ أوامر حزب الطبقة العاملة والحكومة . ولم تعتبر وزيرة العدل « هيلدا بنيامين » مبدأ الشرعية عقبة فى تفسير القوانين على أساس الحزبية لأن الشرعية والحزبية يندمجان عندئذ فى وحدة ديالكتيكية — أنظر فى تفصيل هذا الموضوع ، محمد عصفور ، سيادة القانون ١٩٦٧ ص ١٦٧ — ١٨٠ وراجع ما قلناه عن الشرعية فى الفكر الاشتراكى ص ٦٤٧ — ٦٥٣ .

اتخاذ الإجراءات التى تكفل تأمين حقوق الشعب وسلامة المجتمع ونظامه السياسى والحفاظ على المكاسب الاشتراكية والتزام السلوك الاشتراكى ثم أحال إلى القانون فى بيان اختصاصاته الأخرى وفى خضوعه لرقابة مجلس الشعب (م ١٧٩) . وكان قد صدر فى ١٠ يونيه ١٩٧١ ، القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب (١) ونص فى مادته الخامسة على أن « يتولى الادعاء فى قضايا فرض الحراسة مدع عام بدرجة وزير ويكون تعيينه وإعفاؤه بقرار من رئيس الجمهورية » (٢) . وواضح من صياغة أحكام قانون تنظيم فرض الحراسة أنه لم يوضع من أجل الترخص فى فرض الحراسة وتوسيع نطاقها ، ولكنه وضع لمواجهة الحالات التى تلفت أنظار الناس بضخامة المال الحرام فيها ولدرء المخاطر الجسيمة التى تحيق بأمن الوطن وسلامته . واتصالا بهذا المعنى ، ولجسامة الفعل أو الأفعال التى حددها المشرع وأجاز فيها فرض الحراسة على المال ، ولخطورة الحراسة على المال وما قد تستتبعه من مصادرة المال لصالح الشعب ، فقد ناط فى المادة الخامسة الادعاء فى قضايا فرض الحراسة إلى مدع عام فى درجة وزير يكون تعيينه وإعفاؤه بقرار من رئيس الجمهورية(٣) . وتقول المذكرة

---

(١) وقد نشر بالعدد ٢٤ من الجريدة الرسمية فى ١٧ يونيه ١٩٧١ .

(٢) وكان قد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٩١٨ لسنة ١٩٧١ فى ٨ يونيه ١٩٧١ بتعيين السيد الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى مدعياً عاماً بدرجة وزير وهو أول من يشغل هذا المنصب ، ونشر هذا القرار فى العدد السابق من الجريدة الرسمية .

وأشير بهذه المناسبة إلى أن أول قضية قام المدعى العام الاشتراكى بتحقيقها والمرافعة فيها كانت القضية رقم ١ لسنة ١٩٧١ أمن دولة عليا التى اتهم فيها بعض الوزراء بجريمة الخيانة العظمى كما اتهم آخرون منهم نائب رئيس جمهورية سابق بالاشتراك معهم فى ارتكابها وحوكموا أمام محكمة ثورة برياسة السيد / حافظ بدوى رئيس مجلس الشعب وعضوية المستشار بدوى حمودة رئيس المحكمة العليا والسيد / حسن التهامى مستشار رئيس الجمهورية وصدر الحكم بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٧١ . كما أن أول قضية حراسة قدمت لمحكمة برياسة نائب رئيس محكمة النقض بطلب فرض الحراسة على أموال أحد عشر متهماً من أدانتهم محكمة الثورة وترافع فيها المدعى العام الاشتراكى ولما يصدر الحكم فيها .

(٣) والمدعى العام يمكن تسميته بأنه « محامى الشعب » . فثمة تصرفات وأفعال يأتيها بعض الأفراد قد لا تندرج تحت طائلة القانون العام . مثل هذه التصرفات والأفعال لو تركت بوضعها الحالى قد لا يستطيع النائب العام أن يجد لها حلا ، وهى فى نفس الوقت تمس مصلحة =

الإيضاحية فى هذا الشأن ما يلى « والمشروع بهذا يضيف إلى الضمانات القانونية والقضائية التى استنها ليحقق بها التوازن بين حماية الوطن وأمنه السياسى والاجتماعى والاقتصادى ومكاسب المجتمع الثورية والاشتراكية ، وبين حرية المواطن وأمنه . . ويضيف إلى هذه الضمانات ضماناً آخر فى شخص من يتولى الادعاء فى مثل هذه القضايا . ولقد رأى المشروع أن وجود مثل هذا الشخص ليسهر على حماية مكاسب الشعب الاشتراكية ودفع كل افتئات عليها وعلى أمن الوطن ودرء المخاطر عنه ، أمر تفرضه ضرورة استمرار الثورة وتعميق قيمها ومفاهيمها وحماية مقدراتها ومكاسبها ويفتح الطريق لإمكان تقنين سليم للثورة يستمد أصوله من الواقع والحياة » . ويبين من القانون أن المدعى العام الاشتراكى يمارس كافة صلاحيات النائب العام فى حدود اختصاصاته الواردة فى الدستور وفى القانون وما قد يرد منها فى القانون الذى أحال إليه الدستور فى بيان اختصاصاته الأخرى ، وآمل أن تتقدم الحكومة فى أقرب وقت إلى مجلس الشعب بمشروع قانون متكامل ينظم ويحدد مهام المدعى العام وطبيعة منصبه بحسبانه « محامى الشعب » كما يبين طريقة خضوعه لرقابة مجلس الشعب لاتساع نطاق الاختصاصات الموكولة إليه وخطورة تلك الاختصاصات لمساسها بأمن المواطنين وحياتهم وأموالهم(١) .

= جوهرية من مصالح الشعب ، وقد تمس مبدأ من مبادئنا السياسية أو الاقتصادية وفى هذه الحالة فإن المدعى العام أو محامى الشعب هو الذى يتولى الادعاء فى هذه المسائل ويتصرف فيها . وكان يتعين – فى رأيى – أن يثبت ارتكاب الشخص أياً من هذه التصرفات أو الأفعال لتفرض الحراسة عليه ولا يكتفى بقيام دلائل جدية على ارتكابه إياها ، كما أستصوب أن يختار المدعى العام الاشتراكى من كبار رجال القضاء الذين اكتسبوا خبرة من التحقيقات وتمرسوا بوزن الدليل لضمان تحقيق العدالة بصورة أوفى بين المواطنين ولخطورة السلطات الموكولة إليه على الحريات والأموال .

(١) تنص المادة ٨ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ على أن « للمدعى العام أن يأمر بالتحفظ فى مكان أمين على الأشخاص المشار إليهم فى المادة الثانية من هذا القانون . . . » . وهؤلاء الأشخاص هم الذين يجوز فرض الحراسة على أموالهم كلها أو بعضها لدرء خطرهم على المجتمع إذا قامت دلائل جدية على إتيانهم أفعالا من شأنها الإضرار بأمن البلاد من الخارج أو الداخل أو بالمصالح الاقتصادية للمجتمع الاشتراكى أو بالمكاسب الاشتراكية للفلاحين والعمال أو إفساد الحياة السياسية فى البلاد أو تعريض الوحدة الوطنية للخطر . وتنص المادة ٦ على أن يتولى المدعى العام إجراءات التحقيق السابقة على تقديم الدعوى إلى المحكمة المختصة بفرض الحراسة ويكون له فى سبيل ذلك كافة الاختصاصات المقررة لسلطات التحقيق فى قانون الإجراءات الجنائية كما له أن يكلف مأمورى الضبط القضائى أو أية جهة أخرى بجمع =

الحراسة قبل صدور القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١

٥٨١ — كانت الحراسة قبل صدور القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ تفرض

— الاستدلالات وأن يطلب من النيابة العامة أو أية جهة أخرى إجراء تحقيق فى واقعة معينة تتعلق أو تتصل بالادعاء وموافاته بنتيجة التحقيق فيها . وعلى المدعى العام تقديم الدعوى إلى المحكمة المختصة بفرض الحراسة فى ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ أمره بمنع الشخص من التصرف فى أمواله وإدارتها وإلا اعتبر الأمر كأن لم يكن (م ٧) . والمحكمة المختصة بالفصل فى دعوى فرض الحراسة تشكل بقرار من رئيس الجمهورية برياسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف وثلاثة من المواطنين المشتغلين بالمهنة أو الصناعة أو العمل الأساسى الذى يعول عليه المطلوب فرض الحراسة عليه يختارون من كشوف تعدها مقدماً جهات يحددها وزير العدل وتعتمد تلك الكشوف بقرار منه . وينص فى الحكم الصادر بفرض الحراسة على تقرير نفقة المفروضة عليه الحراسة وأسرته ومن يعولهم فعلا ولو كانوا بالغين ويجوز بدلا من تقرير النفقة استثناء بعض الأموال من الخضوع للحراسة تترك للخاضع حرية استغلالها والتصرف فيها (م ١٧) . ويترتب على الحكم بفرض الحراسة رفع يد الخاضع عن إدارة المال المفروضة عليه أو التصرف فيه ، ويقع باطلا كل تصرف يجريه الخاضع بعد صدور الحكم بشأن المال الذى فرضت عليه الحراسة أو خلال مدة المنع من التصرف المنصوص عليها فى المادة (٧) . والأحكام التى تصدرها المحكمة نهائية ولا يقبل الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن ، ومع ذلك يجوز لمن فرضت الحراسة على أمواله ولكل ذى شأن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم بفرض الحراسة أن يتظلم منه أو من إجراءات تنفيذه بطلب يقدم إلى المدعى العام الذى عليه أن يقدم هذا التظلم للمحكمة مشفوعاً برأيه كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه إليه . وتفصل المحكمة فى التظلم إما برفضه واستمرار الحراسة ، وإما برفع الحراسة عن كل أو بعض المال المفروضة عليه . وللمفروض عليه الحراسة ولكل ذى شأن ، إذا رفض تظلمه ، أن يتقدم بطلب جديد كلما انقضت سنة من تاريخ الحكم بالرفض . وتنقضى الحراسة فى جميع الأحوال بانقضاء خمس سنوات على تاريخ صدور الحكم بفرضها كما تنقضى بوفاة الشخص المفروضة عليه الحراسة . وللمدعى العام بعد صدور الحكم بفرض الحراسة وخلال المدة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطلب من المحكمة الحكم برفع الحراسة أو بأن تصادر لصالح الشعب كل أو بعض الأموال التى آلت إلى الشخص المفروضة عليه الحراسة بسبب من الأسباب المنصوص عليها فى المادتين الثانية والثالثة من القانون (م ٢٢) . ويجوز لرئيس الجمهورية إلغاء الحكم بالمصادرة بناء على طلب المدعى العام أو ذوى الشأن إذا قامت ظروف تبرر ذلك (م ٢٣) .

وغنى عن البيان أن أنبه إلى أن القانون المذكور لا ينظم الحراسة بصفة عامة لأن الحراسة منظمة فى القانون المدنى ولها معناها وضوابطها فى القانون الخاص ، وإنما موضوع هذا القانون هو الحراسة التى كانت تفرض بقرار من السلطة التنفيذية وعلى أساس من السلطات المخولة لها بمقتضى قانون الطوارىء والقوانين التى تتناول بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة ليتقل بهذا النوع من الحراسات من مجال السلطات الإدارية ليضعه فى أمانة القضاء داخل ضوابط قانونية تعطيه الصلاحية لكى يكون محلا لتطبيق من جانب هيئة قضائية وإن كنت أرد —

بقرار من السلطة التنفيذية بموجب السلطات المخولة لها فى قانون الطوارىء والقوانين التى تتناول بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة . والكلام عن الحراسة الإدارية يتجاوز نطاق هذا البحث إلا أننى أجد من المناسب هنا أن أعرض فى إيجاز للخطوط العامة لتلك الحراسة لتبيان أوجه الشبه والاختلاف بين أحكامها وأحكام الحراسة التى تضمنها القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ .

ولعل أهم ما استحدثه هــذا القانون هو عدم جواز إخضاع أموال الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين لتدابير الحراسة إلا بحكم قضائى وفى الحالات الواردة به ووفقاً للضوابط المنصوص عليها فيه ، وإلغاء إجراءات فرض الحراسة التى كانت مخولة لرئيس الجمهورية فى قانون أمن الدولة رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ و ٥٠ لسنة ١٩٦٥ وغيرهما من القوانين الاستثنائية وأضحى فرض الحراسة طبقاً للقانون الجديد من اختصاص المحكمة التى تشكل لهذا الغرض (م ٢٦) . ومن الجلى أن هذا القانون لا يشمل حالات الحراسة السابقة على صدوره وسريانه لأنه ليس بذى أثر رجعى(١) .

هذا وكانت المادة الثالثة من القانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن التدابير الخاصة بأمن الدولة ، والملغاة بالقانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ ، تجيز لرئيس الجمهورية أن يفرض الحراسة بقرار منه على أموال وممتلكات الأشخاص الذين

— لو لم تدخل فى تشكيلها عناصر غير قضائية لما سبق أن أبديته بشأن مساوىء القضاء الشعبى ولبهتان القول بوجوب توفير نوع من الرقابة الشعبية على القضاء بوجود ممثلين للشعب داخل الجهاز القضائى لأن هذا النظام يتعارض مع ظروفنا وبيئتنا وتقاليدنا ومع استقلال القضاء كسلطة على ما أسلفت .

(١) وقد طالب بعض أعضاء مجلس الشعب بضرورة القضاء فوراً على التفرقة فى المعاملة بين فريقين من المواطنين ، وتمشياً مع مبدأ تكافؤ الفرص . وقد وافق مجلس الوزراء بجلسة ٢٢ يونيه ١٩٧١ على مشروع قانون يقضى بتصفية الحراسات القديمة خلال سنة من تاريخ صدوره . ويا حبذا لو أعادت الدولة إلى الأشخاص الذين لم توزع أراضيهم الزراعية على الفلاحين حتى الآن خمسين فداناً وهو الحد الذى يسمح به قانون الإصلاح الزراعى ولا سيما إذا لم تكن لهؤلاء الأشخاص موارد أخرى يتعيشون منها وخصوصاً أن الحراسة فرضت عليهم من السلطة التنفيذية فى ظروف بالغة القسوة ودون اتهامات محددة ولم يواجهوا بما نسب إليهم بله أن يمكنوا من الدفاع عن أنفسهم . هذا فضلا عن أن اشتراكيتنا أسمى من أن يكون سلب المال أسلوباً من أساليب تطبيقها . وقد اشتد عود القوانين الاشتراكية وأصبحت قادرة على حماية نفسها بنفسها دون أى إجراء استثنائى كالحراسة التى لا تستخدم إلا كإجراء وقائى ضد الأعداء فى حالة الحرب ، وكان حرياً بالثورة أن تلجأ إلى التأميم لإحداث التغييرات الاجتماعية إذ به يصدر قانون يتضمن قواعد عامة ومجردة وتتحقق به المساواة بين من تتوافر فيهم الشروط الموضوعية التى يقرها القانون .

يأتون أعمالا بقصد إيقاف العمل بالمنشآت أو الإضرار بمصالح العمال ، أو تتعارض مع المصالح القومية للدولة . ومن ثمة كان لرئيس الجمهورية حق فرض الحراسة استناداً إلى تلك المادة ولو لم تعلن حالة الطوارىء بمقتضى القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون ٦٠ لسنة ١٩٦٨ . وبتاريخ ٢٤ مارس ١٩٦٤ صدر القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ منهياً الحراسة التى فرضت على الأشخاص الطبيعيين واقترن رفع الحراسة بتأميم أموال هؤلاء الأشخاص نظير تعويض حدده القانون بحد أقصى قدره ثلاثون ألفاً من الجنيهات(١) . ثم صدر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٥ ونص فى مادته الأولى على أن لرئيس الجمهورية استخدام الحق المخول له فى المادة الأولى من القانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى أى شخص من الذين سبق لسلطات الضبط والتحقيق ضبطهم أو التحفظ عليهم فى جرائم التآمر ضد أمن الدولة والجرائم المرتبطة بها والتى تم اكتشافها فى الفترة ما بين أول مايو ١٩٦٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٥ ، وله أن يطبق فى شأنهم التدابير الخاصة بوضع أملاكهم وأموالهم تحت الحراسة . ويبين من ذلك أن الحراسات التى فرضت قبل صدور القانون الجديد بتنظيم فرضها قامت كلها على قانون الأحكام العرفية وقانون الطوارىء وقوانين الأمن . فالمادة ٤/٣ من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون ٦٠ لسنة ١٩٦٨ بشأن حالة الطوارىء (وهى لا تزال قائمة لم يلغها القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١) تنص على أن « لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارىء أن يتخذ بأمر كتابى أو شفوى إجراءات الاستيلاء على أى منقول أو عقار والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات ، وكذلك تأجيل الديون والالتزامات المستحقة والتى تستحق على ما تستولى عليه أو على ما تفرض عليه الحراسة»(٢) . وغنى عن البيان أن أشير إلى أن

(١) من الغريب أنه فى الوقت الذى طبق فيه هذا القانون على المصريين من أبناء هذا الوطن واعتبرت أملاكهم آلت إلى الدولة حولت الدولة إلى الرعايا البريطانيين والفرنسيين والاستراليين الذين اشتركوا فى عدوان ١٩٥٦ أموالهم بالسعر الرسمى وبالعملة الصعبة بواقع ١٠ ٪ أى ما يوازى ١٣٠ ٪ من قيمتها بالعملة المصرية ، كما فعلت نفس الشىء بالنسبة للبلجيكيين واللبنانيين والسوديين والإيطاليين وكذلك اليهود من رعايا دول أجنبية .

(٢) ومن الواضح أن هذه المادة نصت على حق رئيس الجمهورية فى فرض الحراسة على الشركات والمؤسسات ولكنها لم تنص على حقه فى فرض الحراسة على الأفراد أو الأشخاص =

الأغلب الأعم من إجراءات فرض الحراسة منذ عام ١٩٥٦ وحتى صدور القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ إنما نجمت عن نزوات أو وشايات شخصية أو اعتبارات تعسفية خرجت بها عن نطاق دواعيها والحكمة منها بل عن دائرة العدالة الاجتماعية ومجال الشرعية الاشتراكية ذاتها(١) .

أثر منع الخاضع للحراسة من التصرف فى أمواله

٥٨٢ — يترتب على الحكم بفرض الحراسة رفع يد الخاضع عن إدارة

= الطبيعيين وهكذا يكون الأمر ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الصادر بفرض الحراسة قد تجاوز ما نص عليه القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ ومن ثم فإنه يعتبر باطلا . وحينما صدر دستور ١٩٦٤ كان من المتعين تصفية نظام الحراسات ورد الأموال والممتلكات إلى أصحابها فى حدود ما نص عليه الميثاق ، غير أن مراكز القوى فى ذلك الوقت رأت أن خير تصفية للحراسات هى مصادرة الأموال بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ الذى صدر قبل انعقاد مجلس الأمة مباشرة وأرى أن هذا القانون قد جاء مخالفاً للدستور بل لجميع المبادىء الدستورية التى أجمعت على حماية الملكية الخاصة . وإذ ينص دستور مصر الدائم على حماية الملكية الخاصة مسترشداً فى ذلك بالميثاق الذى سبق صدور هذا القانون ، فإنى أرى أن هذا القانون يكون قد صدر باطلا ويتعين إلغاؤه وإلغاء كل ما ترتب عليه من آثار وأوامر أو قرارات . ولقد أباح هذا القانون مبدأ استثناء البعض من أحكامه دون أن يكون هذا الاستثناء قاعدة عامة ، وقد صدرت بناء على ذلك عدة قرارات استثنت عدداً كبيراً من المواطنين من الخضوع لأحكامه ، ومنها على سبيل المثال القرارات ٨٩ ، ١٩٠ ، ٢٣١ ، ٥٢٩ ، ٦٤٥ ، ٩٢٩ ، ٩٣٠ ، ٩٩٨ ، ١٦٦٣ ، ١٧٨٦ ، ٤٧٧٢ لسنة ١٩٦٦ ، القرار ٩٢٩ لسنة ١٩٦٧ والقرارات ٩٦ ، ١٤٣ ، ٧٠٠ ، ٧٠١ ، ٩٦٩ لسنة ١٩٦٨ والقرار ١٧٩ لسنة ١٩٧٠ والقرار ١٥٦ لسنة ١٩٧١ . وقد تضمنت هذه القرارات التى ذكرت على سبيل المثال عدداً كبيراً من الأسماء مما يجعل مثل هذا القانون فاقداً لشرط أساسى من الشروط العامة للقوانين وهى أن تكون عامة وشاملة . كذلك فإن القرار ٩٣٠ لسنة ١٩٦٧ الذى قرر رفع الحراسة عن الخاضعين بالتبعية ورد أموالهم عند ردها عيناً ما لم يكن قد تم التصرف فيها وما لم يكونوا قد تلقوها من الخاضع الأصلى . وقد أثار هذا القرار إشكالات وتناقضات لا حصر لها سواء من ناحية إثبات تلقى الأموال من الخاضع الأصلى أو من حيث احتساب القيمة أو من حيث الاعتداد بالتصرف وهل هو تصرف ناقل للملكية أو غير ناقل لها ؟

هذا وكانت المادة ٣ مكرراً تجيز لمن فرضت الحراسة على أمواله طبقاً للمادة الثالثة ولكل ذى شأن أن يتظلم من أمر فرض الحراسة أو من إجراءات تنفيذه إلى محكمة أمن الدولة العليا التى تفصل فى التظلم بتأييد الأمر أو إلغائه أو تعديله . ولا يكون قرار المحكمة نافذاً إلا بعد التصديق عليه من رئيس الجمهورية . ويجوز لمن رفض تظلمه أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضت ستة أشهر من تاريخ الرفض .

(١) وليس بعيداً عن الأذهان الإجراءات التى اتبعتها لجنة تصفية الإقطاع فى فرض الحراسة والتى تنأى عن كل عدالة أو قانون وهو ما يستتبع إعادة النظر فيها بمعرفة القضاء .

المال المفروضة عليه أو التصرف فيه . ويقع باطلا كل تصرف يجريه الخاضع بعد صدور الحكم بشأن المال الذى فرضت عليه الحراسة أو خلال مدة المنع من التصرف المنصوص عليها فى المادة السابعة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ (م ٢١) ، وكان هذا هو الشأن أيضاً فى الحراسة الإدارية قبل صدور هذا القانون . وهذا الحظر وذلك المنع لا يتضمنان سلباً لأهلية الخاضع للحراسة أو نقصاً بها ، وإنما هو منع له من مباشرة الأعمال المشار إليها ومنها حق التقاضى لأسباب اقتضتها مصلحة الدولة ، وهو حجز على أمواله مقيِّد من سلطته عليها فيباشرها نيابة عنه الحارس المعين طبقاً للقانون(١) .

وقد عهد القانون فى المادة ١٩ بالإشراف على أعمال الحراسة إلى أحد الوزراء يصدر بتعيينه قرار من رئيس الجمهورية وله أن يستعين فى إدارة الأموال المفروضة عليها الحراسة بإحدى الوزارات أو المصالح أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها . ويلتزم الوزير المعهود إليه بالحراسة بواجبات الحارس المنصوص عليها فى القانون المدنى وكذلك الواجبات الخاصة التى يقررها الحكم الصادر بفرض الحراسة فى كل حالة على حدة . ومن ثم يتعين على الحارس مأجوراً كان أو غير مأجور ، طبقاً للمادة ١/٧٣٤ مدنى ، أن يبذل عناية الرجل المعتاد فى المحافظة على أموال الحراسة وفى إدارتها . وبهذا النص أناب المشرع الحارس نيابة قانونية فى إدارة أموال الأشخاص الخاضعين للحراسة والموضوعة فى حراستهم وما يستتبع ذلك من حق التقاضى فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات . ويعود حق التقاضى للأشخاص الطبيعيين بمجرد رفع الحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم إعمالا للقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ من يوم العمل به فى ٢٤ مارس ١٩٦٤ دون أن يؤثر فى ذلك أيلولة ملكية هذه الأموال والممتلكات إلى الدولة مقابل التعويض الإجمالى المقرر فى المادة الثانية منه ، ولا ما تقرره المادة الأولى من القرار الجمهورى رقم ١٨٧٦ لسنة ١٩٦٤ من استنزال جميع الديون من صافى قيمتها .

---

(١) نقض ٢٧ مايو ١٩٦٥ س ١٦ ص ٦٢٣ ونقض أول فبراير ١٩٦٦ س ١٧ ص ٢١٤ .

ذلك أن المادة الثانية من القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ إذ تحدد لمن كان خاضعاً للحراسة التعويض عن أمواله وممتلكاته وقت فرضها بمبلغ إجمالى قدره ثلاثون ألف جنيه ما لم تكن أقل قيمة ، فإن لازم ذلك قيام صفة من كان خاضعاً للحراسة فى الدفاع عن حقه فى الدعوى المقامة ضده بطلب دين عليه ، ومدير الأموال والممتلكات التى آلت إلى الدولة لا يمثله بل يمثل الدولة ولا شأن له بهذا النزاع فلا يجوز اختصامه فى الدعوى المرفوعة بالمطالبة بالدين وإنما يكون للدائن أن يتقدم بدينه لذلك المدير ليصدر قراراً بشأن قبول أدائه أو رفضه (١) على ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القرار الجمهورى رقم ١٨٧٦ لسنة ١٩٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه « متى كان التوكيل قد صدر صحيحاً من الحارس على الشركة بما له من صفة فى تمثيلها وقت صدوره ، فإن انتهاء الحراسة وزوال صفة الحارس فى مرحلة لاحقة لصدور ذلك التوكيل لا يؤثر فى صحته لأنه يعتبر صادراً للوكيل من الشركة باعتبارها شخصاً معنوياً . ولا يبطل الإعلان كونه قد تضمن اسم الحارس كممثل للشركة طالبة الإعلان بعد زوال صفته فى تمثيلها برفع الحراسة عنها ذلك أن الإعلان متى وجه من الشركة فإنه لا يعيبه ما وقع فيه من خطأ فى اسم الممثل الحقيقى لها وقت إجرائه » (٢) .

٧ — التشريع La loi

٥٨٣ — يعرف العمل التشريعى من الزاوية المادية الموضوعية ، بأنه العمل الذى يتسم بطابع العمومية ، بالمقابلة للعمل الإدارى ذى الطابع الفردى .

---

(١) نقض ١٥ يناير ١٩٧٠ س ٢١ ص ١٠١ .

(٢) توجب المادة ٢٠ / ٥ من القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ على دائنى الخاضع للحراسة إخطار الجهة القائمة على الحراسة بدينه مقداراً وسبباً وأن يقدم سنده خلال ستين يوماً من تاريخ نشر الحكم بفرض الحراسة فى الجريدة الرسمية وإحدى الجرائد اليومية وإلا سقط حقه فى مطالبة الجهة القائمة على الحراسة به .

(٣) نقض ٤ يناير ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٢ ونقض ٢٣ مايو ١٩٦٣ س ١٤ ص ٧٣٦ .

وقد ينظر إليه من الزاوية الشكلية والعضوية ، فيعرف بأنه العمل الصادر من السلطات التي خولها الدستور حق التشريع ، وفقاً للإجراءات والأشكال المبينة به . ويعول الفقه والقضاء ، بصفة أساسية ، على الضوابط الشكلية والعضوية في تعريف التشريع ، بعد أن كان الرجحان فيما مضى للمعيار الموضوعي .

ويعتبر من قبيل التشريع ، القوانين الصادرة من مجلس الشعب بناء على سلطته التشريعية المخولة له في المادة ٨٦ من دستور سبتمبر ١٩٧١ ، وذلك وفقاً للإجراءات المبينة بالمواد ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ من الدستور ، سواء تعلق القانون بحالات عامة أو نظم حالة فردية بالذات . كما أن السلطة التنفيذية كثيراً ما تتولى في أوقات إدماج السلطات ، صلاحية التشريع . وقد تمنح الدساتير السلطة التنفيذية ، في غير حالات إدماج السلطات ، الحق في إصدار القوانين العادية . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٠ من دستور مارس ١٩٦٤ والمادة ١٠٨ من الدستور القائم من أن لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة (الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه) أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها . وتعد هذه القرارات بقانون ، التي يصدرها رئيس الجمهورية بتفويض من المجلس النيابي ، من قبيل التشريعات ولو أنها غير صادرة من السلطة التشريعية .

٥٨٤ — وتعتبر المعاهدات من مصادر الشرعية ، إذ أنها بعد التصديق عليها تصبح جزءاً من القانون الداخلي للدولة . وقد نصت المادة ١٥١ من دستورنا الجديد على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة . على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة ، تجب موافقة مجلس الشعب عليها » .

ومرتبة المعاهدات مماثلة للتشريع وفقاً للدستور المصري ، وإن كانت

بعض الدساتير ، مثل الدستور الفرنسي ، تضعها في مرتبة تسمو على التشريع(١) .

٥٨٥ — ويوضع التشريع ، بالمعنى المتقدم ، في مرتبة أدنى من الدستور ، ويعلو على كافة أعمال السلطة التنفيذية . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف دستوراً قائماً أو خرج عن روحه ومقتضاه ، ومرد ذلك إلى أن الدستور — وهو القانون الأعلى فيما يقرره — لا يجوز أن يهدره قانون أو أداة أدنى »(٢) .

الرقابة على دستورية القوانين

٥٨٦ — استقر القضاء المصري على حقه في فحص دستورية القوانين في حالة مخالفتها للدستور نصاً أو روحاً ، ولكنه لا يحكم بإلغاء القانون إذا ما طلب منه ذلك في دعوى أصلية ، وإنما ينحصر دور القضاء ، إذا ما دفع أمامه بعدم دستورية قانون بمناسبة نزاع معروض عليه ، في الامتناع عن تطبيق التشريع غير الدستوري ، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا « وغني عن البيان أنه ليس في القانون المصري ما يمنع القضاء من التصدي لبحث دستورية القوانين ما دامت رقابته لهذه الدستورية تجد حدها في نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون دون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه »(٣) . ثم انتقل حق الرقابة على دستورية القوانين للمحكمة العليا الصادر بها قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ على الوجه الذي سنبينه تفصيلا عند الكلام عن هذه المحكمة .

ولا يدخل في مفهوم الرقابة على دستورية القوانين ، تحقق المحاكم من استيفاء التشريع لشروطه الشكلية ولإجراءاته المبينة بالدستور ، كأن تتحقق المحاكم من موافقة مجلس الشعب على القانون ، أو من إصدار رئيس الجمهورية له . فالأمر هنا يتصل بالوجود المادي للتشريع ، وليس بدستوريته . ونرى أنه ما زالت جهات القضاء المختلفة مختصة بالتحقق من هذه الشروط ، ولها أن تمتنع عن تطبيق التشريع غير المستوفي لها ، دون حاجة إلى تدخل المحكمة العليا .

---

(١) محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٣١ و ٣٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، ١٢ يوليه ١٩٥٨ ، س ٣ ص ١٣٣٥ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ، ١١ إبريل ١٩٦٤ ، مجموعة أبو شادي ، ص ٤٢٢ .

٨ — اللوائح Les réglements (١)

٥٨٧ — القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية قد تكون قرارات تنظيمية تضع قواعد عامة مجردة ، وقد تكون قرارات فردية تخص حالة معينة بالذات ، ويطلق على القرارات الأولى اصطلاح اللوائح . وأنواع اللوائح مختلفة متعددة نذكر من بينها لوائح الضرورة واللوائح التنفيذية (٢) واللوائح المستقلة(٣) . وتعد اللوائح وفقاً للمعيار العضوى أو الشكلى من قبيل الأعمال الإدارية نظراً لصدورها من سلطة إدارية . ولكنها تعتبر من الأعمال المشرعة actes-règles ، حسب المعيار المادى الموضوعى إذ تتضمن قواعد عامة مجردة ، شأنها فى ذلك شأن التشريع .

واللوائح مصدر من مصادر المشروعية ، سواء تلك الصادرة من السلطة المركزية لتطبق فى كافة أنحاء الدولة ، أو تلك التى تصدرها الهيئات اللامركزية محلية كانت أو مصلحية .

---

(١) راجع ما قلناه عن اللوائح التنفيذية والتنظيمية ولوائح الضبط والأمن عند الكلام عن القواعد التشريعية الفرعية ص ٢٨٠ و ٢٨١ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن « إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لا تتعارض مع النظام القانونى الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى تتوافق مع القانون الجديد فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح . وإذ كان القانون الجديد لبلدية الإسكندرية رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لبلدية الإسكندرية شخصيتها الاعتبارية العامة واختصاصها فى تسيير النظام المالى للبلدية وحقها فى تحصيل الإيرادات لمواجهة ما تؤديه من خدمات عامة للجماهير والإنفاق على المرافق العامة المنوط بها إدارتها والجهاز الإدارى للمدينة ، فإن إلغاء الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ والمعدل بالقانون رقم ٢٤٠ لسنة ١٩٥٦ لا يستتبع إلغاء لوائح الإدارة العامة السابق صدورها فى ظل الأمر العالى الملغى ومنها القرار بفرض رسوم بلديه على محل بيع الخمور الصادر فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ إذ لا تنطوى أحكام للقرار المشار إليه على ما لا يتوافق مع أحكام القانون الجديد ومن ثم يبقى قائماً حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه » نقض ٢ يونيه ١٩٧٠ فى الطعن ٥٢٣ سنة ٣٥ ق (لم ينشر بعد) .

(٣) أنظر Droit Administratif ، Marcel Waline ط ٨ سنة ١٩٥٩ ص ١١١ وما بعدها .

٥٨٨ — وتقع قرارات السلطة التنفيذية (تنظيمية كانت أو فردية) فى مرتبة أدنى من التشريع فى سلم التدرج الهرمى للقواعد القانونية . ومرد ذلك أن التشريع بحسبانه من عمل البرلمان التابع مباشرة من ضمير الأمة ، يعد تعبيراً مباشراً عن الإرادة العامة (١) . وبذلك يكون القاعدة العليا صاحبة السلطان ، التى يخضع لها الجميع والتى تستطيع أن تفعل ما تريد . اللائحة يجب إذن ألا تخالف التشريع ، سواء كانت المخالفة لنص من النصوص أو لأحد المبادىء الأساسية التى تعد أساساً للنصوص التشريعية(٢) . وقد قررت المحكمة الإدارية العليا ، بصدد قرار إدارى مخالف لقاعدة تشريعية ، أنه « لا يسوغ بقاعدة تنظيمية أدنى من الأداة التشريعية التى صدر بها هذا القانون الحد من إطلاق حكم نص المادة الأولى منه — فيما يتعلق بالمدة الباقية للموظف لبلوغ سن الإحالة إلى المعاش — بإضافة قيد لم يورده المشرع ذاته . . إذ أن هذا يكون حكماً تشريعياً جديداً لا تملكه الجهة الإدارية وينطوى على مخالفة مقصد الشـــارع » (٣) .

٥٨٩ — وتتدرج القرارات الإدارية فيما بينها تدرجاً تسلسلياً ، فيخضع القرار الأدنى للقرار الذى يعلوه ، وإلا كان باطلا . والتدرج قد ينظر إليه من زاويتين(٤) : فمن ناحية تتقيد القرارات الصادرة من سلطة معينة بالقرارات الصادرة من السلطات التى تعلوها . فتتقيد قرارات رئيس الوزراء بقرارات رئيس الجمهورية ، كما أن الأولى تقيد قرارات الوزراء وهكذا . وهذه

---

(١) ريفيرو ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٢) عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٤٤ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ٢٣ مارس ١٩٦٣ ص ٨٨٥ ، وقد بين المفوض Ettari فى تقريره فى قضية Union des voies ferrées et transports automobiles أن « اللائحة لا تستطيع إضافة شىء إلى التشريع ، ولكن هذا الإلزام يجب أن يفهم بصورة معقولة فكلما هبطنا فى تدرج القواعد القانونية كلما قلت درجة تجريد القواعد ، ومن هنا فإن اللائحة تضيف بالضرورة إلى التشريع ويكون ذلك مشروعاً ولو تضمنت علاوة على المبادىء المنصوص عليها صراحة فى التشريع ، تلك التى يحمل بذورها » حكم مجلس الدولة الفرنسى ٢٦ إبريل ١٩٣٩ — مجموعة سيرى سنة ١٩٣٠ جـ ٣ ص ٥٠ .

(٤) ثروت بدوى ، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية ١٩٦٨ — ١٩٦٩ ص ٧٩ وما بعدها .

القاعدة مستقرة فى قضائنا الإدارى » . . من المسلمات فى فقه القانون أنه إذا صدرت قاعدة تنظيمية عامة بأداة من درجة معينة ، فلا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بأداة من ذات الدرجة أو من درجة أعلى »[1] . وهذه القاعدة لا يرد عليها غير استثناء واحد يتعلق بالحقوق المكتسبة . فإذا صدر قرار فردى تولد عنه مركز قانونى ذاتى ، فلا تستطيع أى سلطة تعلو السلطة الأولى المساس بهذا المركز ، إذ لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة إلا بقانون على ما سبق أن ذكرنا . ومن ناحية ثانية تتقيد القرارات الفردية بالقرارات التنظيمية العامة السابقة عليها ، وذلك تنفيذاً للمبدأ القانونى الذى يقضى بمطابقة الإجراء الفردى للقواعد الموضوعية المجردة السابق وضعها[2] . فإذا كانت القاعدة التنظيمية صادرة من سلطة أعلى من تلك التى صدر عنها الإجراء الفردى فمن الطبيعى التزام جهة الإدارة الدنيا باحترامها[3] . ويسرى نفس المبدأ لو كان القرار الفردى صادراً عن نفس السلطة التى وضعت القرار التنظيمى ، وذلك وفقاً للقاعدة التى تقول « إلتزم القانون الذى وضعته بنفسك souffre de la loi que tu as faite toi-même » . وتقرر المحكمة الإدارية العليا فى هذا الصدد أن « القواعد التنظيمية العامة التى تصدر ممن يملكها كالمدير العام للمصلحة ، متسمة بطابع العمومية والتجريد ، تكون بمثابة اللائحة أو القاعدة العامة الواجبة الاتباع فى صدد ما صدرت بشأنه ، فيلتزم بمراعاتها لا المرءوسون وحدهم ، بل الرئيس هو نفسه كذلك فى التطبيق على الحالات الفردية ، طالما لم يصدر منه تعديل أو إلغاء لها بنفس الأداة ، أى بقرار تنظيمى عام مماثل »[4] .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ، ١٠ نوفمبر ١٩٥٦ – أبو شادى ص ٨١٨ و ٨١٩ . ونفس المعنى محكمة القضاء الإدارى ١٦ يونيه ١٩٥٢ – مجموعة المجلس ، س ٦ ص ٩٨٤ .

(٢) دى لوبادير ، المرجع السابق ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

(٣) أحكام محكمة القضاء الإدارى : ٥ مايو ١٩٥٣ مجموعة المجلس س ٧ ج ٢ ص ١٠٠٤ و ١٣ مارس ١٩٥٣ نفس المجموعة ص ١١٥٧ وراجع الأحكام المبينة بهامش ١ و ٢ و ٣ مؤلف ثروت بدوى سالف الذكر ص ٨٤ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا ٥ نوفمبر ١٩٥٥ و ٢١ يونيه ١٩٥٨ مجموعة أبو شادى ص ٥٠١ و ٥٠٢ .

وتقيد القرارات الفردية بالقرارات التنظيمية مبدأ عام يسرى ولو كان الإجراء الفردى صادراً من سلطة إدارية أعلى من الجهة التى وضعت القرار التنظيمى ، طالما أنها قد تصرفت فى حدود اختصاصها القانونى[1] » .

الرقابة على القرارات التنظيمية

٥٩٠ – رقابة القضاء على مشروعية القرارات التنظيمية تعطيه الحق فى إلغاء القرارات الباطلة ، ولا يقتصر اختصاصه هنا على مجرد الامتناع عن تطبيقها ، كما هو الحال فى رقابته على دستورية القوانين . ويكون إلغاء اللائحة بناء على طعن مباشر فى شرعيتها يقدم فى الميعاد القانونى ، فإذا انقضى الموعد دون طعن فلصاحب المصلحة أن ينتظر حتى تطبق عليه اللائحة بقرار فردى وعندئذ يطعن فى القرار الأخير لابتنائه على قرار تنظيمى غير مشروع[2] .

---

(١) دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ – ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٩١ وما بعدها .

(٢) وغنى عن البيان أن القرار الإدارى الذى لا تختص جهة القضاء العادى بإلغائه أو تأويله أو تعديله هو ذلك القرار الذى تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانونى معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة . « فإذا كانت دعوى الطاعن (مرشد) إنما تدور حول علاقة من علاقات القانون الخاص بينه وبين المطعون عليها بشأن ما يستحقه من أجر مقابل المساعدة التى يقوم بتقديمها للسفينة ، فإن القرار الذى أصدره مدير عام المصلحة بتقدير الأجر الذى يستحقه الطاعن عن هذه العلاقة لا يعد قراراً إدارياً يباشر به عملا من أعمال السلطة العامة وليس من شأنه إنشاء مركز قانونى وكل ما يهدف إليه المشرع بالقانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ من تخويل مدير عام مصلحة الموانى والمنائر إصدار هذا القرار هو مجرد إقامته وسيطاً بين المرشد والسفينة لتيسير النزاع بينهما فى علاقة من علاقات القانون الخاص . ولما تختص جهة القضاء العادى بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالعلاقات التى يحكمها القانون الخاص ما لم يرد نص بانتزاع هذا الاختصاص ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قرار مدير عام المصلحة بتقدير أجر الطاعن عن مساعدة السفينة قراراً إدارياً ورتب على ذلك عدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه » – نقض ١٦ يونيه ١٩٧٠ فى الطعن ١١٧ سنة ٣٧ ق (لم ينشر بعد) .

المبحث الخامس

التشريعات المانعة من التقاضي

٥٩١ — إختصاص القضاء الإدارى فى طعون الموظفين — شأنه فى ذلك شأن كافة اختصاصاته — وإن كان محدداً فى القانون على سبيل الحصر ، إلا أن النصوص التشريعية وتفسيرات القضاء لها جعلت المجلس يختص بمعظم تلك الطعون فلا يخرج عن ولايته إلا قدر ضئيل منها .

وكان من المفروض أن يزداد اختصاص القضاء لإدارى اتساعاً بحيث يصبح صاحب الولاية العامة فى المنازعات الإدارية ، إلا أنه على عكس ذلك توالت الاستثناءات التشريعية لتورد قيوداً على اختصاص المجلس إما عن طريق إخراج بعض المسائل من اختصاص القضاء الإدارى وإحالتها إلى جهات قضائية أخرى ، أو إخراجها كلية عن رقابة أية جهة قضائية ، ولا شك أن النوع الثانى من الاستثناءات هو أخطرها وأشدها انتقاصاً لحق التقاضى ، حتى ولو رسم القانون طريقاً للتظلم الإدارى يمكن الالتجاء إليه ، لأن الضمانات التى تحققها الرقابة القضائية لا تتوافر فى الرقابة الإدارية [١] ؛ وأعرض فيما يلى لبعض المسائل التى أخرجها المشرّع كلية عن رقابة القضاء عموماً لأنها هى التى تهمنا فى هذا المبحث .

قوانين التطهير الصادرة فى بداية الثورة

٥٩٢ — حينما قامت الثورة أرادت تثبيتاً لأقدامها فى مستهل عهدها ، أن تبعد عن مجال الخدمة العامة كل من تحوم حوله شبهات الانتماء إلى العهد السابق حتى لا يشكل عقبة فى مسيرة الثورة . فسنت السلطة الثورية عدة قوانين لتحصين القرارات الصادرة بفصل طوائف معينة من الموظفين ضد الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ نذكر منها على سبيل المثال : المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ فى شأن فصل الموظفين بغير الطريق التأديبى ، المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن فصل رجال القضاء

(١) د . فؤاد العطار ، مقال معنون « كفالة حق التقاضى » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العام الأول ص ٦٢١ وما بعدها .

الشرعى بغير الطريق التأديبى ، المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٥٢ بشأن فصل رجال إدارة قضايا الحكومة بغير الطريق التأديبى . وقد جاء نص المواد السابقة واحداً إذ قرر « استثناء من أحكام المادتين ٣ و ١٠ من قانون مجلس الدولة لا يجوز الطعن بإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكام هذا القانون » . وقد فسر القضاء هذا النص بأنه يحصّن قرارات التطهير من الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ ولكن هذه الحصانة لا تشمل دعاوى التعويض [١] .

القرارات الجمهورية الصادرة بالاحالة الى المعاش او الاستيداع او الفصل من غير الطريق التاديبى [٢]

٥٩٢ — أدخل القرار بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ تعديلا على نص المادة

(١) المحكمة الإدارية العليا ، ٣ نوفمبر ١٩٥٦ ، مجموعة أبو شادى ص ١٤٩٩ .

(٢) القاعدة العامة أن الفصل يوقع كعقوبة تأديبية إلا أن المادة ٧٠ / ٦ من القرار بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بإصدار نظام العاملين المدنيين بالدولة خولت رئيس الجمهورية حق فصلهم فى الأحوال التى يحددها القانون الخاص بذلك ولم يصدر هذا القانون بعد . وثمة حالة نصت عليها المادة ١٦ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ تتمثل فى أنه « إذا أسفر التحقيق عن وجود شبهات قوية تمس كرامة الوظيفة أو النزاهة أو الشرف أو حسن السمعة جاز لمدير النيابة الإدارية إقتراح فصل الموظف بغير الطريق التأديبى ويكون الفصل فى هذه الحالة بقرار من رئيس الجمهورية بناء على عرض الوزير أو الرئيس المختص » ويلاحظ أن هذا النص وإن حرم الموظف من ضمانات الفصل التأديبى إلا أنه استلزم عدة إجراءات قبل الإقدام على الفصل يؤدى عدم اتباعها إلى بطلان القرار ، كما أن الأمر كان يخضع فى جميع الأحوال لرقابة القضاء حتى صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ ليحصن قرارات رئيس الجمهورية بالفصل من غير الطريق التأديبى ضد الطعن عليها أمام القضاء قولا إنها تعتبر من أعمال السيادة . ويلاحظ أن المشرع لم يخلع وصف أعمال السيادة على قرارات الفصل من غير الطريق التأديبى أياً كانت السلطة التى تصدرها وإنما خص بهذا الوصف القانونى القرارات التى ينشئها رئيس الجمهورية ذاته لا القرارات التى ينشئها غيره — المحكمة الإدارية العليا فى ٨ فبراير ١٩٦٤ مجموعة أبو شادى ص ٦١ — ٦٣ . ونسترعى النظر إلى أن الفصل من غير الطريق التأديبى كما يكون صريحاً قد يكون مقنعاً كأن تعمل الإدارة بمسلكها المتعنت الموظف على تقديم استقالته . وقد توسع القضاء فى مفهوم الفصل فجعل رقابته تمتد إلى الاستقالة وليدة الإكراه وفى هذا تقول المحكمة الإدارية العليا « إن طلب الاستقالة باعتباره مظهراً من مظاهر إرادة الموظف فى اعتزال الخدمة يجب أن يصدر برضاء صحيح فيفسده ما يفسد الرضا من عيوب ومنها الإكراه إذا توافرت عناصره . . فالإكراه يشتمل على عنصرين : عنصر موضوعى هو الوسائل التى تولد الإيعاز بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال ، وعنصر نفسانى هو الرهبة التى تبعثها تلك الوسائل فى النفس فتحمل —

(١٢) من قانون مجلس الدولة فأصبح يجرى بما يلى « لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بالنظر فى الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ويعتبر من قبيل أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبى . . . » .

اتجاهات القضاء الادارى فى دستورية التشريعات المانعة من التقاضى

٥٩٣ — عرض هذا الموضوع على بساط البحث أمام القضاء الإدارى وقد حدث تطور فى اتجاهات الأحكام القضائية بشأنه يتمثل فى مرحلتين متميزتين :

أولا — المرحلة الأولى : التفرقة بين الحظر الكلى والحظر الجزئى :

أرسى قواعد هذه المرحلة حكمان شهيران صدرا من محكمة القضاء الإدارى عام ١٩٥٢[١] ، ونهجت الأحكام بعد ذلك نهجهما حتى عدلت المحكمة الإدارية العليا عن الاتجاه السابق منذ عامى ١٩٥٧ و ١٩٥٨ . فى هذه المرحلة فرقت محكمة القضاء الإدارى بين نوعين من الحظر على حرية التقاضى : الحظر الكلى والحظر الجزئى . فبالنسبة للتشريعات التى تغلق باب التقاضى أمام الأفراد إلغاء وتعويضاً فهى تشريعات غير دستورية لسببين أساسيين : حاصل أولهما أن « إعفاء سلطة عامة إعفاء مطلقاً من كل مسئولية تحققت فعلا فى جانبها من شأنه أن يخل إخلالا تاماً بحقوق الأفراد فى الحرية وفى المساواة وفى التكاليف الأساسية التى نص عليها الباب الثانى من دستور سنة ١٩٢٣ . . كما نصت عليها المبادىء العامة فى . . . الإعلان الدستورى »[٢] . ويرتكز السبب الثانى على « أن رقابة القضاء هى دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وحرياتهم العامة . . وبها يبقى النظام فى حدوده الدستورية المشروعة . وكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاماً استثنائياً لمبدأ سيادة

— الموظف على تقديم الاستقالة » — ٥ نوفمبر ١٩٥٥ و ١٦ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أبو شادى ص ١٦٢٩ .

(١) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ يونيه ١٩٥٢ ، المجموعة س ٦ ص ١٢٦٦ و ٢١ يونيه ، المجموعة السابقة ص ١٣٥٧ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ مايو ١٩٥٦ ، س ١٠ ص ٣٢٤ .

القانون ، ومن ثم لرقابة القضاء »[١] . وقد استقر القضاء تعويلا على هذه المبادىء على أن منع سماع دعوى التعويض بالإضافة إلى قفل باب الطعن بالإلغاء حكم مناف للأصول الدستورية العامة إذ لا يجوز مصادرة الحقوق وحرمان أصحابها فى الوقت ذاته من تعويض عادل »[٢] . كما استقر على دستورية التشريعات التى تقرر الحظر الجزئى لحق التقاضى ، أى التى تمنع الطعن بالإلغاء وتترك باب القضاء مفتوحاً لما عدا ذلك ، وبنت المحاكم قضاءها على الحجج التالية :

١ — إنه وإن كانت مصادرة حق التقاضى على إطلاقه تقع باطلة غير مشروعة لمخالفتها للمبادىء العليا للجماعات « غير أن ذلك لا يغل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة به وتحديدها بما يحفظ لصاحب الحق حقه مع مراعاة الروابط الاجتماعية ومقتضيات صالح الجماعة[٣] » .

٢ — إن قصر المنع على قضاء الإلغاء دون التعويض « لا ينطوى على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل أو تحريم لاقتضائها فى أية صورة بل ينظم استعمالها » .

٣ — وطالما أن المنع مقرر فى تشريعات تتسم بالعمومية والتجريد « فلا وجه للنعى عليه بعدم دستوريته بحجة إخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون » .

٤ — إن قضاء الإلغاء قد استحدث بإنشاء مجلس الدولة ، وعلى ذلك فإن المشرع الذى أوجده يستطيع أن يورد عليه بعض الاستثناءات . وقد كان فى تصور القضاء فى ذلك الوقت أن هذه الاستثناءات موقوتة . وفى هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا « وقد كانت المحاكم المصرية قبل إنشاء مجلس الدولة ممنوعة من التعرض للقرارات الإدارية بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو التعديل أو التأويل ، وكان اختصاصها مقصوراً على نظر دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن هذه القرارات . فإذا استحدث قانون مجلس الدولة دعوى الإلغاء ، فليس ما يمنع دستورياً من تعطيل هذا التشريع جزئياً فى وقت ما

(١) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ يونيه ١٩٥٢ ، س ٦ ص ١٢٦٦ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ يناير ١٩٥٧ ، س ١١ ص ١٩٠ .

(٣) محكمة القضاء الإدارى ١٥ مارس ١٩٥٤ ، س ٨ ص ٩٦٩ .

ولفترة محددة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ولا سيما أن ولاية الإلغاء التى للقضاء الإدارى حالياً ليست ولاية عامة كاملة بل محددة بالنص »[1] .

وعلى الرغم من سمة الاعتدال التى اتسمت بها أحكام القضاء الإدارى فى هذه المرحلة ، حيث أقرت بمشروعية الحظر الجزئى دون الكلى فضلا عما كان يساورها من تصور أن هذه التشريعات لها صفة إستثنائية موقتة — فإنها لم تسلم من نقد الفقه[2] ، فمن ناحية نجد أن قضاء الإلغاء مستقل تماماً عن قضاء التعويض وهو يحقق من المزايا والضمانات ما لا نجده فى النوع الثانى . فكل تعطيل له يتعارض مع ما قررته الأحكام من أن حق التقاضى من المبادىء الدستورية العامة . ومن ناحية ثانية لا يستقيم القول بأن قضاء الإلغاء من خلق المشرع ومن ثم فإنه يستطيع تقييده أو إلغاءه حسبما يتراءى له مع قول الحكم إنه « من المسلم به كأصل غير قابل لأى جدل أن لكل إنسان المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضى بشأنه » ، هذا بالإضافة إلى أن حق الطعن بالإلغاء قد استقر فى ضمير الجماعة وأصبح جزءاً لا يتجزأ من مدنيتها القانونية . ولا وجه لاستناد المحكمة ، فى تبريرها لمشروعية التشريعات المانعة من الطعن بالإلغاء بأنها لا تخل بمبدأ المساواة ، إلى أنها قد وردت فى نصوص تتسم بالعمومية والتجريد « لأن الحرمان إذا ثبتت عدم مشروعيته ، فإن تعميمه لا يمكن أن يجعله مشروعاً »[3] .

ثانياً — المرحلة الثانية : التفرقة بين المصادرة الشاملة لحق التقاضى وتحديد دوائر اختصاص القضاء :

تبدأ هذه المرحلة بأحكام ثلاثة للمحكمة الإدارية العليا صدرت فى عامى ١٩٥٧ و ١٩٥٨[4] سجلت فيها اتجاهاً جديداً فرقت فيـــه بين « المصادرة المطلقة لحق التقاضى عموماً وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء » وانتهت إلى القول بأن التشريعات التى تحصن بعض أعمال السلطة التنفيذية ضد كافة أنواع الطعون القضائية هى تشريعات دستورية ، طالما لم تصل إلى مرتبة

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ٢٧ إبريل ١٩٥٧ ، أبو شادى ص ٦٥١ .

(٢) محمد سليمان الطماوى ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ص ٢٦٧ .

(٣) سليمان الطماوى ، القضاء الإدارى ، الكتاب الأول ص ٢٦٨ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا فى ٢٨ يونيه ١٩٥٧ ، س ٢ ص ١١١٥ و ٢٩ يونيه ١٩٥٧ ، المجموعة السابقة ص ١٢٢٥و١٢ يوليه ١٩٥٨ ، مجموعة أبو شادى ص ٦٤٦ .

المصادرة المطلقة لحق التقاضى بالنسبة للناس كافة . أما التشريعات التى تقرر المصادرة المطلقة لحق التقاضى فهى غير دستورية إذ أنه « لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء للإنتصاف ، لأن فى ذلك مصادرة مطلقة لحق التقاضى وهو حق كفل الدستور أصله ، إذ تكون مثل هذه المصادرة المطلقة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية ، وهى سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها فى أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى » .

وأقامت المحكمة الإدارية العليا قضاءها ذاك الذى ظلت متمسكة به على المبادئ التالية[1] :

١ — لا يحق أن نصم قانوناً بعدم الدستورية إلا إذا تضمن الاعتداء على حق كفله الدستور ونظم طريقة اقتضائه ، وأن تقليد الموظف للوظيفة العامة وبقاءه فيها لا يرتفع إلى مرتبة الحقوق الدستورية التى لا يستطيع القانون المساس بها ، فهذا الحق ينشئه القانون ويلغيه .

٢ — إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق ذاته ، إذ أن الحق شيء ووسيلة المطالبة به شيء آخر .

٣ — لا شبهة فى دستورية قوانين الحظر الكلى (الإلغاء والتعويض) إذ أن القانون هو الأداة التى تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها ، ومن ثم فله أن يضيقها أو يوسعها بالشروط والأوضاع التى يقررها .

٤ — لا وجه للنعى على هذه التشريعات بأنها تنطوى على إخلال بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء إذ أن « المقصود فى هذا الشأن هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية »[2] .

٥ — كذلك لا مجال للاحتجاج بما يقرره الدستور من أن حق الدفاع أصالة أو وكالة يكفله القانون ، فإعمال هذا النص مجاله أن يكون التقاضى مباحاً قانوناً ، أما إذا امتنع اختصاص القضاء بنظر الدعوى فلا يكون ثمة مجال لإعمال النص السابق .

---

(١) أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى ١٩٦٠ ص ٦٠٨ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٩ يونيه ١٩٥٧ سالف الإشارة .

موقف الفقه من مسلك المحكمة الادارية العليا

٥٩٤ ـ هذا التحول فى قضائنا الإدارى كان محل هجوم شديد من الفقه العربى [1] الذى رأى فيه تراجعاً كبيراً فى الحماية القانونية للحقوق والحريات العامة وفى صيانة مبدأ الشرعية . وقد ساق فى معرض انتقاده هذا الاتجاه الجديد الحجج التالية :

(١) إن اتجاه المحكمة فى التفرقة بين المصادرة المطلقة الشاملة لحق التقاضى وبين المصادرة الجزئية هو اتجاه غريب إذ أنه لا يتصور أن يصدر تشريع يقرر حرمان الناس كافة وفى جميع الأحوال من مباشرة حقهم فى التقاضى ، ولو صدر هذا التشريع فإنه لا يتضمن فقط مصادرة لحق التقاضى وإنما يكون عدواناً على استقلال السلطة القضائية ومبدأ الفصل بين السلطات . وما دام هذا الفرض بعيد الاحتمال فى الدول المتمدينة ، فإن الحماية التى يحتاج إليها المتقاضون هى الحماية ضد الإلغاء التدريجى للسلطة القضائية .

(٢) وبالنسبة للمبدأ الذى قالت به المحكمة من أن قوانين الحظر لا تكون غير دستورية إلا إذا اعتدت على حق قام الدستور بكفالته وتنظيم طريقة اقتضائه فإنه قول لا يقل غرابة عن سابقه . حقيقة قد ينص الدستور على بعض الحقوق والحريات ، ولكنه لا يبين أبداً طريقة اقتضائها ، ومن هنا يتبين أن المشرع يملك دائماً من الناحية العملية ، وفقاً لمفهوم المحكمة ، الاعتداء على الحقوق التى يتضمنها الدستور بالحيلولة بين الناس وبين الالتجاء للقضاء للمطالبة بحقوقهم ، ويكون مسلكه مشروعاً فى جميع الأحوال .

(٣) وإذا كانت التفرقة بين الحق ووسيلة المطالبة به مبررة وسليمة من ناحية الفن القانونى ، إلا أنها تؤدى إلى نتائج بالغة الخطورة من الناحية العملية ، إذ أننا لو أبحنا للمشرع حق تجريد الحقوق والحريات الواردة فى

(١) أنظر على سبيل المثال : عثمان خليل عثمان ، مقال بعنوان « تطور القضاء الإدارى فى الجمهورية العربية المتحدة » مجلة العلوم الإدارية ١٩٥٩ ص ٣٣ — فؤاد العطار ، مقال بعنوان « كفالة حق التقاضى » ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٥٩ ص ٦٢١ — محمد سليمان الطماوى ، مقاله عن « مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإدارى » ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦١ — أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى ص ٦٠٥ وما بعدها — كامل ليلة ، المرجع السابق ص ٤٤٨ وما بعدها .

الدساتير وإعلانات الحقوق من الوسيلة الفعالة لحمايتها ، وهى المطالبة القضائية ، لأصبح النص عليها فى المواثيق الدستورية مجرد عبث لا فائدة منه .

(٤) حقيقة إن القانون هو الأداة التى أوكل لها الدستور مهمة تنظيم السلطة القضائية ، ولكن ينبغى ألا يذهب هذا التنظيم إلى حد الإهدار والمصادرة . إن الغرض من تنظيم السلطة القضائية إنما هو تمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم وحرياتهم ، والدستور لم يخول المشرع اختصاص تعطيل عمل السلطة القضائية ، إذ أن السلطة القضائية سلطة مستقلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين الأخريين ، فهى ليست منحة من المشرع يستطيع إلغاءها كلياً أو جزئياً .

(٥) لا يقتصر مبدأ المساواة على مجرد عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية ، وإنما يتحقق الإخلال بالمساواة إذا فرقنا كذلك فى المعاملة بين أبناء طائفة وأبناء طائفة أخرى . ومثال ذلك أن يكون لبعض فئات الموظفين مثلا حق الطعن القضائى فيما يمس حياتهم الوظيفية تعويضاً وإلغاء ، ولا يكون لفئات أخرى مثل هذا الحق .

عدم دستورية الحظر الكلى والحظر الجزئى

٥٩٥ ـ ثمة بشارة جديدة كانت إرهاصاً بمراجعة قضائنا الإدارى للمبادئ التى استقرت عليها المحكمة الإدارية العليا وإن كانت لم ترق إلى درجة يمكن معها القول بحدوث تحول فى اتجاه القضاء ، ذلك أنه لا تكفى سابقة واحدة بل يجب أن تتوالى السوابق القضائية فى اتجاه واحد وأن تكون صادرة من المحكمة الإدارية العليا وإن كانت أحكام المحكمة العليا التى صدرت عام ١٩٧١ قد وضعت حداً لهذا الاختلاف حين قضت بعدم دستورية التشريعات المانعة من التقاضى كما سيجىء عند كلامنا عن تلك المحكمة . وتتمثل السابقة فى نزاع أثير حول دستورية القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذى اعتبر من أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين للمعاش أو الاستيداع أو الفصل بغير الطريق التأديبى . فقد تقدم أحد الموظفين طالباً إلغاء قرار صادر من رئيس الجمهورية بفصله من غير الطريق التأديبى ، فدفع ممثل الحكومة بعدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظر الدعوى تأسيساً على القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذى اعتبر مثل هذه القرارات من

أعمال السيادة ، إلا أن المحكمة الإدارية لوزارة الخزانة والاقتصاد والصناعة والزراعة والتموين قضت فى أول يوليو ١٩٦٨ برفض الدفع وحكمت باختصاصها بنظر قرار طلب إلغاء الفصل مقررة أن كل حظر على حق التقاضى ولو كان جزئياً يتنافى مع المبادئ الدستورية . ونجمل الحجج التى استند إليها الحكم فيما يلى :

(١) إن الحكومة القانونية يجب أن تخضع لسيادة القانون ولتحقيق ذلك ولبيان مطابقة التصرفات الإدارية لنص القانون وروحه لزم أن تخضع الإدارة لرقابة القضاء . ولا يستثنى من مبدأ الشرعية سوى حالات ثلاث : السلطة التقديرية — حالة الحرب — أعمال السيادة .

(٢) إن إضفاء صفة أعمال السيادة على بعض تصرفات الإدارة أو قراراتها بمعرفة المشرع لا يمنع القضاء من بحث التكييف القانونى لهذه التصرفات لمعرفة ما إذا كانت من أعمال السيادة من عدمه « ذلك أنه لا يكفى أن ينص المشرع على خروج بعض الأعمال من اختصاص القضاء لكى تعتبر من أعمال السيادة ما لم تكن بذاتها منها » ويبنى على ذلك « أن قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبى إنما تعد طبقاً للتكييف القانونى السليم قرارات إدارية تصدر من السلطة التنفيذية طبقاً للقوانين واللوائح المنظمة لها ولا تتصل بهذا الوصف بالسياسة العليا للدولة أو بسلامة أمنها أو كيانها الداخلى أو الخارجى » .

(٣) إن مصادرة حق التقاضى ترتطم مع المبادئ والأصول الدستورية العليا التى لا يجوز الخروج عنها ولو لم ينص عليها الدستور . هذا بالإضافة إلى أن المادة ٢٨ من دستور ١٩٦٤ تنص على أن « حق الدفاع أصالة أو بالوكالة يكفله القانون » . وعرفت المحكمة مفهومها فى المصادرة المطلقة لحق التقاضى مقررة « إن قفل باب الطعن بالإلغاء أو التعويض لا يمكن أن يصدق عليه إلا أنه مصادرة لحق التقاضى ، فحرمان الأفراد من اللجوء إلى القضاء بأية وسيلة من شأنه الإخلال بحقهم فى الحرية والمساواة وفى التكاليف والواجبات وهى حقوق طبيعية كفلها الدستور ورقابة القضاء هى دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وحرياتهم العــامة » .

وبذلك نجد أن المحكمة لم تفرق بين الحظر الكلى والحظر الجزئى لحق التقاضى واعتبرت الأمرين كليهما لا يتمشيان مع المبادئ الدستورية .

(٤) بعد تقرير الأصول السابقة ، خلصت المحكمة إلى أن القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ يتعارض مع مبادئ دستورية هامة هى :

ا — حق الفرد فى الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى .

ب — مبدأ المساواة فى الحقوق بين الأفراد وهو الذى نص عليه الدستور فى مادته الرابعة والعشرين . وشرحت المحكمة مضمون مبدأ المساواة ، منسجمة فى ذلك مع التفسيرات الفقهية السابق الإشارة إليها ، فقالت إنه « يستلزم أن يكون لجميع الأفراد حق التقاضى على قدم المساواة ، فحق طلب إلغاء القرارات الإدارية هو حق ثابت للجميع على قدم المساواة طبقاً لقانون مجلس الدولة » .

حـ — مبدأ استقلال السلطة القضائية وولايتها الشاملة المقرر فى الفصل الرابع من الدستور . وفى هذا يقول الحكم إنه « لا يجوز حرمان أى شخص من الالتجاء إلى القضاء وإلا كان ذلك اعتداء على مبدأ استقلال القضاء وولايته الشاملة لجميع المنازعات » .

٥ — وأضاف الحكم حجة مستقاة من الخطوط الأساسية لبيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ الذى جاء فيه « أن يكفل حق التقاضى وألا ينص فى أى إجراء للسلطة على عدم جواز الطعن فيه أمام القضاء ذلك أن القضاء هو الميزان الذى يحقق العدل ويعطى لكل ذى حق حقه ويرد أى اعتداء على الحقوق والحريات »

واستطرد الحكم إلى القوة الإلزامية لبيان ٣٠ مارس قولا إن « مصادقة الشعب — مصدر السلطات وفقاً للمادة الثانية من الدستور — على البيان إنما هى إقرار من مصدر جميع السلطات للمبادئ الدستورية العليا التى تحكمها إرادة التغيير الثورى مما يتعين معه إغفال كل قانون يتعارض مع هذه المبادئ »[1] .

(١) هذا الحكم غير منشور ونحن نتفق معه فى النتيجة التى انتهى إليها بعدم دستورية جميع القيود التى ترد على حق التقاضى وكان حرياً بالمحكمة أن تستند كذلك إلى ميثاق العمل الوطنى وتقريره وهما حافلان بالمبادىء والقيم التى تدعم قضاءها ولا سيما أننا سبق أن ذكرنا أن البعض يرى فيهما قوة قانونية تسمو على الدستور حالة أن بيان ٣٠ مارس هو برنامج عمل حكومى لا يحمل بداهة أى إلزام قانونى وإن كان ذا قيمة سياسية كبرى ، بمعنى أن —

المبحث السادس

المحكمة العليا

٥٩٦ – قلنا فيما سبق إنه قبل إنشاء المحكمة العليا كان القضاء عندنا يقر بحقه فى الرقابة على دستورية القوانين ، فكان يلغى العمل الإدارى المخالف للدستور مباشرة أو الصادر تطبيقاً لتشريع غير دستورى . وعلى العكس من ذلك النظام الفرنسى الذى لا يمارس فيه القضاء هذه الرقابة على دستورية القوانين وإنما يعترف بحقه فى الرقابة على أعمال الإدارة فحسب متى كانت مخالفتها للدستور مباشرة ، فى هذه الحالة يقوم بإلغاء العمل الإدارى غير الدستورى إذ هو لا يتعرض هنا لدستورية التشريع . ولما صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا(١) ،

= الحقوق والحريات المعلنة فيه لا تصلح سنداً لمطالبة قانونية إلا إذا تأيدت بنصوص دستورية أو تشريعية .

ويكفى أن نطالع هـذه الفقرة من تقرير الميثاق « إذا كانت الحريات العامة هى قوام فكرة الحرية عموماً ، فإن سيادة القانون هى الضمان النهائى لها ولذلك : (أ) وجب أن تقام كل الضمانات الكفيلة بصيانة القانون بحيث يصدر طبقاً للدستور ومن ثم فقد أصبح ملائماً الآن ، تأكيداً للحرية ودعماً لها ، أن يتقرر إنشاء محكمة دستورية عليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واختصاصها (وهو ما نص عليه الدستور الجديد كما أسلفنا) .

(ب) وكذلك فإن القضاء الحر يمثل بدوره ضماناً أساسياً للحرية ومن ثم وجب دعم السلطة القضائية بما يضمن وصول العدل سريعاً ومن أيسر سبيل إلى أصحابه .

(ج) كذلك فقد وجب أن ينشأ لكل خصومة قاض ، ومن ثم فقد أصبح لازماً الآن أن تسقط كل الموانع الحاجبة لحق التقاضى مع ضمان تنفيذ الأحكام القضائية النهائية » — وقد ظلت الموانع الحاجبة للتقاضى حتى صدرت أحكام المحكمة العليا التى سنوردها فى المبحث التالى ، ولم يصدر حتى الآن القانون الذى يسقط تلك الموانع . أما الأحكام القضائية النهائية فقد رأينا بعض المحافظين يجترئون عليها ويعطلون تنفيذها فلا يسائلهم أحد ولا يطولهم قانون ، بل إن أحدهم أعطى القانون إجازة وظل يشغل مع ذلك منصبه حتى عين وزيراً مكافأة له .

(١) صدر هذا القرار بقانون بتاريخ ٣١ أغسطس ١٩٦٩ ونصت المادة الثانية من قانون الإصدار على أن يصدر أول تشكيل للمحكمة العليا بقرار من رئيس الجمهورية الذى أصدر بالفعل القرار رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٧٠ بتاريخ ٧ فبراير ١٩٧٠ ويقضى بتشكيل المحكمة العليا من المستشارين بدوى حمودة رئيساً ومحمد عبد الوهاب خليل وعادل عزيز زخارى نائبين للرئيس ثم ستة مستشارين آخرين أعضاء . ونصت المادة الثالثة على أن تتبع فى إجراءات رفع الدعوى وتقديم الطلبات إلى المحكمة والفصل فيها وتحديد الرسوم المستحقة عليها الأحكام المعمول =

امتنع على جهات القضاء كافة أن تنظر فى دستورية عمل إدارى صدر بناء على نص تشريعى مخالف للدستور ، وإنما تختص بذلك المحكمة العليا وحدها إذ

= بها أمام مجلس الدولة إلى أن يصدر قانون خاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، وقد صدر هذا القانون برقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ونشر فى الجريدة الرسمية فى ٢٧ أغسطس ١٩٧٠ وجاء بمذكرته الإيضاحية « إن المشرع إذ أنشأ المحكمة العليا وأنزلها من الهيئات القضائية مقاماً علياً ، فأراد لها أن تستوى على القمة منها وعقد لها الاختصاص بأدق المسائل وأكثرها أهمية ، إنما تغيا من وراء ذلك قيام جهة قضائية تفسر النصوص القانونية بما يحركها من جمودها ويجلو إرادة المشرع ، وتراقب دستورية القوانين فيما يعرض عليها من الدعاوى إثر الدفع بعدم دستورية قانون ما ، وتدفع عن الخطة الاقتصادية الإضرار بأهدافها وعن المرافق العامة الإخلال بسيرها ، وتعين لذوى الشأن الجهة المختصة حينما تتنازع الدعوى جهات قضائية متعددة . وإذا كان هذا هو هدف المشرع من إنشاء المحكمة العليا وتلك هى نظرته إليها التى أفصح عنها فى قانون إنشائها ومذكرته الإيضاحية ، فإن الإجراءات التى تتبع أمام هذه المحكمة ينبغى أن تتحاذى مع هذا الهدف بما ييسر السبيل إلى بلوغه وتحقيقه على أمثل وجه ، ومن ثم فإن هذه الإجراءات يجب أن تتسم بالسمات العامة الآتية . . . وثالثاً – أن يفسح المجال أمام المحكمة العليا لابتكار النظريات وابتداع الحلول المناسبة فى خصوص سير الإجراءات أمامها فلا تقيد بنصوص جامدة تلزمها بل تطلق لها حرية إرساء القواعد وتقرير الإجراءات الملائمة لطبيعة الأوضاع التى تحكم المسائل الداخلة فى ولايتها بوصف أن قضاءها ليس مجرد قضاء تطبيقى بل يتميز بأنه قضاء إنشائى مستهدية فى ذلك بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد فى شأنه نص فى قانون المحكمة على اعتبار أن هذه الأحكام إن هى إلا مجرد تطبيق لقواعد العدالة والمنطق المجرد فى سير الإجراءات القضائية بوجه عام » . وتؤلف المحكمة العليا وفق المادة ٣ من قانونها من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين (وتنص المادة ٢٢ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أن تصدر الأحكام وقرارات التفسير من سبعة مستشارين بعد أن تجرى المداولة فيها سراً بين أعضاء المحكمة مجتمعين) . وتؤلف هيئة لمفوضى الدولة أمام المحكمة العليا من عدد كاف من المستشارين والمستشارين المساعدين (م ٣ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠) ، ويندب رئيس المحكمة أحد نوابه لرياسة هيئة المفوضين ويجوز ندب أعضاء من الهيئات القضائية للعمل بالهيئة من درجة نائب أو ما يعادلها على الأقل . ويكون تعيين رئيس المحكمة العليا ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد . أما مفوضو الدولة أمام المحكمة العليا فلا يتقيدون بذلك وإنما تسرى فى شأنهم القواعد الخاصة بأقرانهم من أعضاء مجلس الدولة على ما تقضى به المادة ٣ / ٢ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، وهنا يثور تساؤل عن الجهة التى يحلف أمامها هؤلاء المفوضون اليمين قبل أداء عملهم حيث لم يتعرض قانون إنشاء المحكمة العليا أو قانون إصدار الإجراءات والرسوم أمامها للجهة التى يحلفون أمامها حالة أن المادة ٨ من قانون المحكمة العليا نصت على أن يحلف رئيس المحكمة اليمين أمام رئيس الجمهورية ، ويحلف نواب رئيس المحكمة ومستشاروها أمام رئيس المحكمة ، فهل يحلف =

تنص المادة الرابعة من القرار بقانون المشار إليه على أن « تختص المحكمة العليا بما يأتى : (١) الفصل دون غيرها فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم

= مفوضوها اليمين أمام رئيس مجلس الدولة إعمالا للمادة ٣ / ٢ سالفة البيان ؟ لا يتصور – فى رأيى – أن يكون قصد الشارع قد انصرف إلى ذلك ، والأحرى أن ينص على أن يكون حلفهم اليمين أمام رئيس المحكمة العليا أسوة بمستشاريها . ويثور تساؤل آخر بشأن مفوضى الدولة أمام المحكمة العليا فى خصوص تأديبهم وعزلهم حيث سكت القانون عن بيان ما يتبع فى هذا الشأن معهم واقتصر على بيان ما يتبع مع أعضاء المحكمة العليا ، والقول بأن النص على « أعضاء المحكمة » فى قانون المحكمة العليا يشمل مفوضى الدولة أمامها مردود ، ذلك أن هذا القانون لم ترد به أية إشارة « إلى مفوضى الدولة » اللهم إلا ما جرت به المادة ٥ من أنه « تتبع فى شأن المواعيد والإجراءات الخاصة بتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة الأحكام الواردة فى هذا الخصوص فى قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ » وكانت المرة الأولى التى تحدث فيها المشرع عن « مفوضى الدولة » فى القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، وعسى أن يتدارك المشرع ذلك عند إصدار القانون الذى ينظم كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا والمشار إليه بالمادة ١٧٦ من الدستور ، فيفرد فيه أحكاماً خاصة بمفوضى الدولة أمام المحكمة الدستورية يكل فيها أمورهم إلى رئيس تلك المحكمة أو إلى هيئة تنبثق منها فيسوى بذلك بينهم وبين أقرانهم فى الجهات القضائية الأخرى .

وثمة ملاحظة على تشكيل المحكمة العليا الحالى تتمثل فى عدد أعضائها الذين لا يتجاوزون تسعة بما فيهم الرئيس ونائباه وأحدهما رئيس هيئة المفوضين ، فيكون الباقى ثمانية منهم الرئيس ونائبه هم الذين يشكلون أعضاء المحكمة أى بزيادة عضو واحد عن السبعة الذين يتطلب القانون صدور أحكامها منهم ، فإذا طرأ على اثنين من الأعضاء الثمانية طارئ استتبع تخلفهما تعطل انعقاد المحكمة وهو أمر يجب تداركه بزيادة عدد الأعضاء أو بسرعة إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا لما نص عليه الدستور فى المادة ١٩٢ من استمرار ممارسة المحكمة العليا اختصاصاتها حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها فيه . هذا وكانت المادة ٢١ من مشروع قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة تنص على أن « تسرى فى شأن عدم صلاحية أعضاء المحكمة العليا وردهم وتنحيهم الأحكام والإجراءات المقررة بالنسبة إلى مستشارى محكمة النقض ، وتفصل المحكمة العليا فى طلب الرد بكامل أعضائها – عدا العضو المطلوب رده – ولا يقبل طلب رد جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقين من أعضائها عن سبعة » . وقد حذف هذا النص بناء على رأى لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة لعدم اتساق حكمه مع نطاق المحكمة العليا . وفى اعتقادى أن المقصود بذلك أن التشكيل الحالى للمحكمة العليا لا يتسع لتطبيق أحكام عدم الصلاحية والرد لما ذكرته آنفاً من أن أعضاءها ثمانية بما فيهم الرئيس ونائبه . ومن ثم فإنى أرى أن يتضمن قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا مثل هذا النص على تقدير أنه من الأصول العامة التى يقوم عليها التقاضى ، وألا يقل عدد أعضائها عن خمسة عشر عضواً . وعلى أية حال فإنه يمتنع الآن رد أعضاء المحكمة العليا أو تنحيهم ولو توافرت فيهم شروط عدم الصلاحية ، كما لا يجوز مخاصمتهم .

دستورية قانون أمام إحدى المحاكم . وتحدد المحكمة التى أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ويوقف الفصل فى الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع . فإذا لم ترفع فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن » . بيد أن جهات القضاء الإدارى لا تزال مختصة مع ذلك بمراقبة مشروعية الأعمال الإدارية التى تنطوى على مخالفة مباشرة للدستور .

أحكام المحكمة العليا وقراراتها

٥٩٧ – لا تسرى على الدعوى أو الطلب أمام المحكمة العليا قواعد الحضور أو الشطب ولا يوصف حكمها بأنه حضورى أو غيابى (م ٢٠ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا) ، وتنظر المحكمة الدعوى ولو تخلف ممثل الحكومة أو النيابة العامة وتصدر الأحكام وقرارات التفسير بأغلبية الآراء . ويجب أن يحضر أعضاء المحكمة الذين اشتركوا فى المداولة تلاوة الحكم أو قرار التفسير فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم أو القرار (م ٢٣) ومؤدى ذلك أن القانون لا يستلزم حضور جميع أعضاء المحكمة الذين أصدروا الحكم أو القرار عند النطق به إنما يتعين أن يوقعوا على مسودتهما . ويجب أن تشتمل الأحكام وقرارات التفسير على أسباب موجزة لما بنيت عليه وأن تودع عند النطق بالأحكام أو القرارات (م ٢٤ و ٢٥) . وأحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن (م ١٣ من قانون المحكمة العليا) .

حجية حكم المحكمة العليا

٥٩٨ – توجب المادة ٣١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا نشر منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ، وتقضى بأن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء(١) ، وعلى ذلك فإن لهذه الأحكام حجية أمام جهات القضاء ولا تقتصر على الدعوى

(١) ولذلك قصر الشارع وضع الصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٢٩ من قانون الإجراءات والرسوم على الأحكام الصادرة فى طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم والفصل فى مسائل تنازع الاختصاص دون الأحكام الصادرة فى شأن الدستورية .

التى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية ، وتلتزم المحاكم ، تبعاً ، بما تقرره المحكمة العليا فى شأن قانون معين من دستوريته أو عدم دستوريته . ولا يسوغ للمحاكم أن توقف أية دعوى أثير فيها دفع سبق للمحكمة العليا أن قالت كلمتها فيه وحسمت النزاع المردد بشأن دستوريته . وإذا صدر حكم من المحكمة العليا أثناء فترة وقف دعوى مطروحة على محكمة الموضوع بسبب دفع أثير فيها بعدم دستورية قانون معين ، وكان حكم المحكمة العليا قد صدر بمناسبة دفع أثير فى دعوى أخرى عن ذات القانون ، جاز للخصوم ، بل وجب عليهم ، أن يعجلوا دعواهم بمجرد نشر الحكم فى الجريدة الرسمية على تقدير أن حجية حكم المحكمة العليا تنسحب على دعواهم ، ولأن هذه المحكمة ستقضى لا محالة فى طلبهم بعدم جواز نظره لسابقة الفصل فيه . ولما كان المشرع قد وكل للمحكمة العليا دون غيرها مهمة الفصل فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم (م ١/٤) فإن قضاءها بعدم دستورية قانون معين يجعل هذا القانون كأن لم يصدر وتلتزم الهيئة التنفيذية بهذا القضاء بحسبانه قضاء إلغاء تحاج به جهات القضاء وجهات الإدارة على السواء . أما فيما يتعلق بالسلطة التشريعية فإنه إذا كانت المحكمة العليا قد قضت بعدم دستورية القانون لعيب فى الشكل أو لصدوره ممن لا يملك إصداره ، فإن مجلس الشعب يستطيع تصحيح هذا العيب الشكلى كما تملك الهيئة التشريعية تصويب الوضع الخاطئ ، ولكن ليس لها إصدار قانون جديد موءوف بذات المخالفة الدستورية التى شابت القانون المقضى بعدم دستوريته ؛ فإن هى فعلت تعرض القانون الجديد لما تعرض له سابقه إذا ما دفع بعدم دستوريته .

رقابة المحكمة العليا على التشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية

٥٩٩ — ثار النزاع أمام المحكمة العليا حول اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر أنواع معينة من اللوائح . وقد أكدت المحكمة (١) حقها فى بسط رقابتها

(١) أنظر حكمها الصادر فى ٣ يوليو ١٩٧١ فى الدعوى رقم ٤ لسنة ١ القضائية « دستورية » وكان قد دفع أمامها بعدم قبولها استناداً إلى أن القرار الجمهورى رقم ٣٣٠٩ سنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار الجمهورى ٨٠٢ سنة ١٩٦٧ هو الذى ينظم جزاءات العاملين بالقطاع العام والمحكمة العليا لا تختص إلا بالفصل فى دستورية القوانين دون غيرها من القرارات —

على كافة التشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية مقررة أن « رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه

— واللوائح . وبشأن الموضوع أثارت الحكومة أن لائحة العاملين صدرت من رئيس الجمهورية بمقتضى الحق المخول له دستوريا وأن القرار الجمهورى لا يتضمن أحكاماً مخالفة الدستور وأن المحاكم التأديبية ليست جهات قضاء وردت المحكمة على ذلك بأن « ما أثارته الحكومة حول طبيعة المحاكم التأديبية مردود بأن المشرع فى قانون العاملين المدنيين الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ أو فى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية أو غيرها من التشريعات التى تناولت موضوع تأديب العاملين قد عالج هذا الموضوع علاجاً تشريعياً مستهدياً فى ذلك بالتشريعات الجنائية واستبدل بمقتضى القانون الأخير بمجالس التأديب التى كانت تتولى تأديب العاملين ويغلب على تشكيلها العنصر الإدارى محاكم تأديبية نظمها تنظيماً قضائياً يغلب فيها العنصر القضائى لتوفير الثقة والضمانات للعاملين عند محاكمتهم تأديبياً وقد كان هذا هو الهدف الأصيل من إصدار القانون المذكور لإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية ونظراً لهذا الطابع القضائى الذى أضفاه المشرع على هذه المحاكم التى أخضع أحكامها للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فقد أصبحت ملحقة بالقسم القضائى بمجلس الدولة الذى يتولى اليوم كافة شئونها ومن ثم تعتبر المحاكم التأديبية جهات قضائية فى مفهوم المادة ١٥٣ من الدستور . ومن حيث إن المادة ١٥٣ من الدستور الحالى تنص على أن : « يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصها » وقد نقل هذا النص عن المادة ١٧٦ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة ٢١ من دستور سنة ١٩٥٨ ومؤداه ومقتضاه أن يكون ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها بتشريع صادر من السلطة التشريعية وليس بأداة أدنى من ذلك وليس من شك فى أن الأمور التى احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى من القانون وإلا كانت مخالفة الدستور .

« ومن حيث إنه فى ظل هذا النص فى الدساتير المتعاقبة صدر قانون العمل رقم ٩١ سنة ١٩٥٩ وخول العاملين الخاضعين له حق الطعن أمام المحاكم العادية فى الجزاءات التى يوقعها أرباب الأعمال عليهم وهذه المحاكم تختص ببحث شروط الجزاء وتراقب سلطة رب العمل فى توقيعه وكافة ما تنبنى عليه صحته وإعمال أثره أو تجاوزه لحدوده ورده إليها أو بطلانه ونحوه وغير صحيح بعد ذلك القول بأن اختصاص هذا القضاء يقتصر على المنازعة فى الحقوق المالية المترتبة على هذا الجزاء لأن تلك المنازعة لا تكون إلا فى الجزاءات المالية والفصل فيها يستلزم وجوبا الفصل أولا فى ماهية الجزاء وكنهه وحدوده حتى يمكن تحديد ما يترتب عليه من آثار مالية تصل على أساسها حقوق الطرفين هذا بالإضافة إلى اختصاص هذا القضاء صراحة بإلغاء جزاء الفصل من العمل إن ثبت أنه كان بسبب النشاط النقابى .

« ومن حيث إن المشرع نظم بعد ذلك بالقوانين أرقام ١١٧ سنة ١٩٥٨ و ١٩ سنة ١٩٥٩ و ٥٥ سنة ١٩٥٩ جهات القضاء المختصة بتوقيع الجزاءات على العاملين فى الهيئات والمؤسسات العامة وموظفى الجمعيات والهيئات الخاصة التى يصدر بتحديدها قرار من رئيس —

باعتباره القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذى يعنيه

— الجمهورية وموظفى الشركات التى تساهم فيها الحكومة بنسبة لا تقل عن ٢٥ ٪ من رأسمالها أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح وذلك فى الأحوال المبينة فى تلك القوانين وأجاز لهؤلاء العاملين الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا . هذا بالإضافة إلى ما هو مقرر للعاملين فى المؤسسات والهيئات العامة من حق الطعن أمام القضاء الإدارى فى الجزاءات التى توقع عليهم من الجهات الإدارية فى غير تلك الأحوال .

« ومن حيث إن لائحة نظام العاملين بالقطاع العام صدرت بعد ذلك بالقرار الجمهورى رقم ٣٣٠٩ سنة ١٩٦٦ الذى عدل بالقرار الجمهورى رقم ٨٠٢ سنة ١٩٦٧ ونصت فى المادة ٦٠ منها على ما يأتى . . . ويبين من مقارنة هذه النصوص بالنصوص المتعلقة بموضوع تأديب العاملين الواردة فى القانون رقم ١١٧ سنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية المعدل بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وبنصوص قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ما يأتى :

أولا : أنه طبقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بسريان قانون النيابة الإدارية المشار إليه على موظفى المؤسسات العامة والشركات والجمعيات والهيئات الخاصة كان اختصاص الجهات الرياسية بالمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها مقصوراً على توقيع عقوبتى الإنذار والخصم من المرتب مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً وذلك بالنسبة إلى العاملين الذين تجاوز مرتباتهم خمسة عشر جنيها ، أما العقوبات الأشد فإنها تدخل فى اختصاص المحاكم التأديبية دون غيرها ، وقد عدلت اللائحة من اختصاص المحاكم فى هذا الصدد بأن نقلت هذا الاختصاص إلى السلطة الرياسية فى الحدود المبينة بالمادة ٦٠ المشار إليها .

ثانياً : أسندت المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام إلى المحاكم التأديبية الاختصاص بنظر الطعون فى بعض القرارات التأديبية الصادرة من السلطات الرياسية بالنسبة إلى هؤلاء العاملين وقد كان هذا الاختصاص منوطاً بجهتى القضاء العادى والإدارى ، وأيا كان الرأى فى شأن الجهة القضائية المختصة بنظر تلك الطعون فإن تعديل اختصاص الجهات القضائية يجب أن يكون بقانون .

ثالثاً : منع البند « رابعاً » من المادة ٦٠ سالفة الذكر الطعن فى القرارات الصادرة بالبت فى تظلمات العاملين وفى أحكام المحاكم التأديبية (عدا الأحكام الصادرة بعقوبة الفصل) وبذلك تكون قد ألغت اختصاص جهات القضاء بنظر الطعون فى القرارات التأديبية النهائية للسلطات الرياسية كما ألغت اختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر الطعون فى أحكام المحاكم التأديبية فى هذا الخصوص وهو الاختصاص الممنوح لها طبقاً لنص المادة ٣ من قانون النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية الصادر بالقانون رقم ١١٧ سنة ١٩٥٨ والمادة ١٥ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ .

« ومن حيث إنه يبين مما سلف أن المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام قد عدلت اختصاص جهات القضاء سالفة الذكر بقرار جمهورى ولما كان هذا التعديل لا يجوز —

المشرع فى المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفى مذكرته الإيضاحية إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها الدستورى ، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً بل إن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص فى جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التى تمثل الكثرة بين التشريعات ، كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط . يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كاللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية . وهذه الوسيلة أكثر ملاءمة لمقتضيات أعمال السلطة التنفيذية وتطورها المستمر ، ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم تقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستوريتها بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً وأهدرت الحكمة التى تغياها المشرع بإنشاء المحكمة العليا والتى أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية لقانون إنشائها كى تحمل دون سواها رسالة الفصل فى دستورية القوانين » .

موقف المحكمة العليا من اعتبار احالة الموظفين الى المعاش او الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبى من اعمال السيادة

٦٠٠ — الأصل أن كل قرار إدارى يصدر من السلطة التنفيذية يخضع لرقابة القضاء ، على ما أسلفنا ، إعمالا لمبدأ الشرعية وسيادة القانون . بيد أنه يستثنى من هذا الأصل قرارات تتصل بسيادة الدولة الداخلية والخارجية لأنها لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا لدعوى قضائية ومن ثم تخرج عن ولاية القضاء . وتقوم نظرية أعمال السيادة على أن السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين إحداهما بوصفها سلطة حكم والأخرى بوصفها سلطة إدارة ، وتعتبر الأعمال التى تقوم بها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم من قبيل أعمال السيادة والأعمال

— إجراؤه بغير القانون تطبيقاً للمادة ١٥٣ من الدستور » ومن ثم يكون نص المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام سالفة الذكر مخالفاً للدستور على الوجه المتقدم بيانه .

التى تقوم بها بوصفها سلطة إدارة أعمالا إدارية . والعبرة فى تحديد التكييف القانونى لأى عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أو عملا إداريا هى بطبيعة العمل ذاته، فلا تتقيد المحكمة وهى بصدد إعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذى يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوى على إهدار حق من الحقوق التى كفلها الدستور . وعلى هدى ما تقدم قررت محكمتنا العليا « إن القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة الثانية عشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ إذ يقضى باعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبى من أعمال السيادة إنما يحصن هذه القرارات وذلك بسلب جهات القضاء ولاية النظر فى الطعون التى توجه إليها بينما هى بطبيعتها من صميم الأعمال الإدارية التى تجريها الحكومة فى إشرافها على المرافق العامة ، فقد تضمنت الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٥٦ حتى عام ١٩٧١ نصوصاً على أن رئيس الجمهورية يعين الموظفين ويعزلهم على الوجه المبين بالقانون مما يؤيد وصف قرارات تعيين الموظفين وعزلهم بأنها أعمال إدارية تتم وفقاً للقانون وليست من أعمال السيادة .. والمادة ٦٨ من الدستور القائم تنص على أن « التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى . . ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء » وظاهر من هذا النص أن المشرع الدستورى لم يقف عند حد تقرير حق التقاضى للناس كافة كمبدأ دستورى أصيل بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى ضد رقابة القضاء وقد خص المشرع الدستورى هذا المبدأ بالذكر رغم أنه يدخل فى عموم المبدأ الأول الذى يقرر حق التقاضى للناس كافة وذلك توكيداً للرقابة القضائية على القرارات الإدارية وحسما لما ثار من خلاف فى شأن عدم دستورية التشريعات التى تحظر حق الطعن فى هذه القرارات وقد ردد النص المشار إليه ما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفالة حق التقاضى للأفراد وذلك حين خولتهم حقوقاً لا تقوم ولا تؤتى ثمارها إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التى تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عليها . وثمت وجه آخر

لمخالفة النص المطعون فيه للدستور ذلك أن الدساتير سالفة الذكر قد تضمن كل منها نصاً على أن المواطنين لدى القانون سواء وأنهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة (المادة ٣١ من دستور سنة ١٩٥٦ و ٧ من دستور سنة ١٩٥٨ و ٢٤ من دستور سنة ١٩٦٤) كما ردد الدستور القائم هذا النص فى المادة ٤٠ منه ولما كان حق التقاضى من الحقوق العامة التى كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه وهو قيام المنازعة فى حق من حقوق أفرادها ينطوى على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا هذا الحق . . ودفاع الحكومة القائم على أن النص المطعون فيه يقضى بنقل الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بالقرارات المشار إليها من جهات القضاء إلى لجنة تتوافر فيها أقوى الضمانات ومن ثم فهو لا يعدو أن يكون تشريعاً معدلا لاختصاص القضاء مما يملكه المشرع طبقاً لأحكام الدستور ــ هذا الدفاع مردود :

أولا : بأن الدستور إذ ينص فى المادة ١٦٥ على أن « السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها » وإذ ينص فى المادة ١٦٧ على أن « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها . . . » فإنه يعهد إلى المحاكم بولاية الفصل فى المنازعات كاملة كما يفوض المشرع العادى فى تحديد الهيئات القضائية وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة لممارسة هذه الولاية دون مساس بها بحيث لا يتخذ ذلك وسيلة لعزل المحاكم عن نظر منازعات معينة مما تختص به، ذلك أن المشرع الدستورى إنما يفوض المشرع العادى فى تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاص كل منها لا فى إهدار هذا الاختصاص أو الانتقاص منه وإلا كان متجاوزاً حدود التفويض مخالفاً للدستور .

ثانياً : بأن اللجنة التى آل إليها الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بالقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبى قد أنشئت ابتداء بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٦٣ الذى نص على تشكيلها من بعض أعضاء كمجلس الرياسة ثم عدل هذا التشكيل بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩١ لسنة ١٩٦٥ الذى قضى بتشكيلها من بعض أعضاء اللجنة التنفيذية العليا

للاتحاد الاشتراكى العربى وأخيراً صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧٧٤ لسنة ١٩٦٦ بتشكيلها من وزير العدل رئيساً ورئيس مجلس الدولة ورئيس الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة عضوين . وقد كان صدور هذه القرارات الثلاثة تعديلا لقرار مجلس الوزراء الصادر فى ٦ من إبريل سنة ١٩٥٥ ببيان إجراءات التظلم الإداري وطريقة الفصل فيه ، ويستفاد من ذلك أن هذه اللجنة كانت تشكل تشكيلا إدارياً محضاً فى مرحلتيها الأولى والثانية ولم يمثل فيها العنصر القضائى إلا فى مرحلتها الأخيرة وظلت الأغلبية للعنصر الإدارى ومن ثم فإن طابع تشكيلها لم يكن قضائياً فى أى مرحلة من تلك المراحل بل نشأت وظلت ذات طابع إدارى ولا تتبع الإجراءات القضائية فى نظر التظلمات التى تعرض عليها كما أن قراراتها لم تكن واجبة التنفيذ بذاتها لأنها لم تعد أن تكون مجرد توصيات ترفع إلى رئيس الجمهورية مصدر القرارات المتظلم منها للبت نهائياً فى التظلم حسبما يرى . وقد كان ذلك مسايرة لمنطق القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ المطعون فيه الذى اعتبر تلك القرارات من أعمال السيادة التى لا تخضع للطعن أمام جهات القضاء ، وعلى مقتضى ذلك فلا يسوغ اعتبار التظلم أمام تلك اللجنة الإدارية بديلا لحق الموظفين فى الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعى للطعن فى القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبى حيث تنظر الدعوى طبقاً لإجراءات قضائية مقررة قانوناً لحماية الحقوق وكفالة الدفاع عنها ثم تصدر فيها أحكام واجبة التنفيذ بذاتها .

« ومن حيث إنه يخلص من ذلك أن القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة الثانية عشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ إذ يقضى باعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبى من أعمال السيادة بينما هى بطبيعتها أعمال إدارية فإنه ينطوى على مصادرة لحق هؤلاء الموظفين فى الطعن فى تلك القرارات أو التقاضى بشأنها فضلا عن إهدار مبدأ المساواة بين المواطنين فى الحقوق مما يخالف المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور وكذلك الدساتير السابقة على النحو المتقدم ذكره ولا يطهره من هذا العيب ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن كل ما قررته القوانين

واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً ، ذلك أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار مايخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة ومن ثم فإن ذلك النص لا يعنى سوى مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم فليس معقولا أن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات التى تصدر فى ظل هذا الدستور ونظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب .

« ومن حيث إنه لما تقدم يكون القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ مخالفاً للدستور فيما نصت عليه هذه المادة من اعتبار قرارات رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبى من أعمال السيادة ومن ثم يتعين الحكم بعدم دستوريته[1] » .

موقف المحكمة العليا من القوانين المانعة من التقاضى عموما

٦٠١ — حكمت المحكمة العليا[2] بعدم دستورية المادة الخامسة من القانون

(١) حكم المحكمة العليا الصادر فى ٦ نوفمبر ١٩٧١ فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١ القضائية « عدم دستورية » والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٤ نوفمبر ١٩٧١ .

(٢) أنظر حكمها الصادر بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٧١ فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١ القضائية « عدم دستورية » وقد جاء فيه « إنه وإن كانت المادة ٤٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد تضمنت إلغاء النص المطعون فيه ، غير أن هذا الإلغاء لا يحول دون النظر والفصل فى الطعن بعدم دستوريته ، ذلك لأن الأصل فى تطبيق القاعدة القانونية أنها تسرى على الوقائع القانونية التى تتم فى ظلها ، أى خلال الفترة من تاريخ العمل بها حتى تاريخ إلغائها ، فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة فإن القاعدة الجديدة تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين القانونيتين ، ومن ثم فإن المراكز القانونية التى نشأت وترتبت آثارها فى ظل أى من القانونين — القديم أو الجديد — تخضع لحكمه ، فما نشأ منها وترتبت آثاره فى ظل القانون القديم يظل خاضعاً له ، وما نشأ من مراكز قانونية وترتبت آثاره فى ظل القانون الجديد يخضع لهذا القانون وحده . . . وبتطبيق هذه القواعد على واقعة الدعوى يبين أن قرار مجلس المراجعة المطعون فيه أمام محكمة القضاء الإدارى قد صدر وترتبت آثاره —

رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد إيجار الأماكن ، المعدلة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ ، فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن فى قرارات مجلس المراجعة الصادرة بالفصل فى التظلم من قرارات لجنة التقدير — وهى قرارات إدارية — قولا إنها وقد نصت على عدم جواز الطعن تكون منطوية على مصادرة لحق ملاك ومستأجرى المبانى الخاضعة لأحكام ذلك القانون فى الطعن فى تلك القرارات أو التقاضى بشأنها ، فضلا عن إهدارها لمبدأ المساواة بين المواطنين فى الحقوق مما يخالف المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور القائم وكذلك الدساتير السـابقة .

مبدأ الشرعية واستقرار العلاقات القانونية

٦٠٢ — يثير مثل هذا الحكم الذى يقضى بعدم دستورية قانون مضت عليه عدة سنوات تولدت خلالها مراكز قانونية عديدة تساؤلات عن مصير هذه المراكز : هل تهدم نتيجة منطقية للحكم بعدم دستورية القانون الذى قامت هذه المراكز عليه لأن ما بنى على الباطل باطل ، أو تبقى احتراماً لاستقرار الأوضاع على الرغم مما شاب هذه المراكز من عدم مشروعية ؟ واضح أن المشكلة هى مشكلة التوفيق بين التزام مبدأ الشرعية التزاماً مطلقاً وبين التهاون نوعاً فى هذا الالتزام إبقاء على استقرار العلاقات القانونية . أما من يمثل القانون عندهم مظهراً للاستقرار ، فإنهم لا يترددون فى قصر آثار الحكم بعدم الدستورية على المستقبل دون المساس بما تولد من مراكز قانونية ولو كانت غير مشروعة . أما من يخضعون القانون لاعتبارات الشرعية فإنهم لا يبالون بما تولد من مراكز بطريقة غير مشروعة . وقد تصور البعض أن مصدر المشكلة هو الرقابة القضائية التالية لنشر القانون حيث عيب عليها عدم إمكان الجزم بصحة أى نص تشريعى بصفة نهائية إلا بمناسبة دعوى مستقبلة غير متوقعة ، وأن من شأن هذا الاحتمال وجود عنصر من عناصر عدم الاستقرار القانونى ، ولهذا فقد اقترح البعض أن تجرى الرقابة قبل أن يغدو القانون نهائياً ونافذاً وذلك بإيجاب إخضاع القوانين آلياً بمجرد التصويت عليها لرقابة المحكمة

بالنسبة إلى المدعين فى ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ومن ثم يكون المركز القانونى الذى ترتب على هذا القرار خاضعاً لذلك القانون . . وتكون للمدعين مصلحة شخصية مباشرة فى الطعن بعدم دستورية ذلك النص الذى يحول دون نظر دعواهم أمام محكمة القضاء الإدارى » .

الدستورية ، غير أن مثل هذا الاقتراح أبعد من أن يؤخذ به فى التطبيق . وإذا جاز أن يفرض نوع من الرقابة داخل المجلس التشريعى نفسه أو خارجه قبل نشر القانون ، فإنه ليس من شأن هذا الأسلوب أن يغنى عن رقابة قضائية على دستورية القانون بعد نشره . وإذا كان البعض يرى — توقياً للاضطراب فى المراكز القانونية المستقرة — النص صراحة على عدم مساس الحكم الصادر بعدم الدستورية بهذه المراكز ، فإننا نرى أن مثل هذا النص مناقض للعدالة لما نطوى عليه من الإبقاء على مراكز تمت استناداً إلى أساس غير مشروع ، ومن قبل ذلك تحصين قرارات تمت بالاستناد إلى قانون يحظر حق الطعن فى تلك القرارات حالة أن الطعن حق مسلم به بالنسبة لسائر القرارات الإدارية ، ولا تتميز القرارات التى حصنت من حيث طبيعتها عن سائر القرارات الإدارية على نحو يجيز إفرادها بنظام قانونى متميز . قد يقال إن من شأن سريان الحكم بعدم الدستورية على الماضى سريان الحكم بأثر رجعى والرجعية أمر مكروه فى مجال القانون ولاسيما لمساسها بمراكز قائمة . بيد أن هذا القول يقوم على حجة داحضة ، فالحكم بعدم الدستورية هو حكم بطبيعته كاشف عن عيب كامن فى القانون ، والمساس ببعض المراكز القائمة وإن كان أمراً مكروها إلا أن أبلغ منه فى الكراهية الإخلال بالمساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة ، إذ ليس من المقبول أن يكون القانون غير دستورى بالنسبة للمستقبل وأن يكون متفقاً مع المبادئ الدستورية بالنسبة للماضى [1] . وما قالته المحكمة العليا سنداً لعدم دستورية القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذى يحصن بعض القرارات الجمهورية فى شأن العاملين ، وعدم دستورية المادة الخامسة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٢ التى تحظر الطعن فى قرارات مجالس المراجعة ، يصلح سنداً لاعتبار الحكم بعدم الدستورية كاشفاً عن حقوق كافة المضرورين من ذلك القرار بقانون ومن تلك المادة [2]

(١) ولعل ما يخفف هذا العيب ، فتح أبواب الطعن بعدم الدستورية على مصاريعها أمام المواطنين بطريق الشكوى الدستورية أو الدعوى الأصلية وبدون رسوم ، وهو ما نقترح أن يتضمنه قانون إنشاء المحكمة الدستورية على ما سيجىء عند كلامنا على هذه المحكمة واقتراحاتنا بشأنها .

(٢) فقد رأينا أن محكمتنا العليا لم تستند فى حكمها إلى المادة ٦٨ من الدستور

على نحو لا يجيز قصر أثر الحكم على المستقبل لأن معناه إخلال بمبدأ المساواة ولئن بدا رأينا فى هذا الشأن مزعزعاً لبعض المراكز التى استقرت ، فإنه لما يبرر هــذه الزعزعة أن تلك المراكز إنما بنيت على قانون قضى بعدم دستوريته .

موقف المحكمة العليا من الطعن فى دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور

٦٠٣ ـ عرضت المحكمة العليا لهذه المسألة بمناسبة ما أثير أمامها من عدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة هـ من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى القائم إستناداً إلى أن نظام الشفعة الذى يخول الشفيع دون سواه حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدى إلى الاحتكار والاستغلال عن طريق جمع الأراضى الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكى الذى جعــل منه الدستور فى مادتيه الأولى والتاسعة أساساً للنظام الاقتصادى فى الدولة ويهدر مبدأ تكافؤ الفرص الذى كفلته الدولة لجميع المصريين فى المادة الثامنة من الدستور ومن ثم تكون نصوص القانون المدنى التى تنظم الشفعة مخالفة للدستور ولا يحصنها نص الماد ١٦٦ منه لأن هذا النص يقصر حصانته على القوانين الصادرة منذ قيام الثورة فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ حتى تاريخ صدور الدستور فى ٢٥ من مارس سنة ١٩٦٤ دون سواها من القوانين السابقة ومنها القانون المدنى . وقد دفع المدعى عليه الدعوى بعدم جواز الطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور ومنها النصوص المنظمة لحق الشفعة[1] ،

فحسب ، ولو فعلت لأمكن حمل أسباب حكمها على أنها تنصرف إلى اعتبار عدم الدستورية راجعاً إلى نص الدستور القائم وحده ، ولكننا رأيناها تؤكد أن المادة ٦٨ من الدستور إنما رددت « ما أقرته الدساتير السابقة ضمنا من كفالة حق التقاضى للأفراد وذلك حين خولتهم حقوقاً لا تقوم ولا تؤتى ثمارها إلا بقيام هذا الحق . . . » ـ وانظر فى هذا الشأن مقالا للدكتور محمد عصفور فى جريدة الأهرام بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧١ بعنوان « نحو تنظيم جديد لرقابة دستورية القوانين » .

(١) قضت محكمة النقض بأن القرار رقم ١٤ لسنة ١٩٦٣ ـ الصادر من رئيس المجلس التنفيذى ورئيس لجنة الحراسات المشكلة بمقتضى الأمر رقم ٢١٠ لسنة ١٩٦٢ ـ إذ خول الحارس العام على أموال الخاضعين لأحكام الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ والأوامر اللاحقة له سلطة بيع العقارات المبنية المملوكة للخاضعين للحراسة المذكورة إلى شركات التأمين وذلك

ومبنى هذا الدفع أن المادة ١٦٦ من الدستور تقضى باستمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغيها أو تعدلها السلطة التشريعية ، ومن ثم يظل حق الشفعة قائماً كوسيلة مشروعة للتملك فى الحدود التى يجيزها القانون . وردت المحكمة العليا على هذا الدفع بقولها « إن المادة ١٦٦ من الدستور التى يستند إليها المدعى عليه الأول والحكومة فى تأييد هذا الدفع تنص على أن « كل ما قررته القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذاً ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور » . وقد تردد هذا النص فى مدلوله ومعناه مع اختلاف يسير فى صيغته فى الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٢٣ ومنها الدستور الصادر فى عام ١٩٥٦ الذى تضمن نصين لكل منهما مجال يختلف عن مجال الآخر أولهما نص المادة ١٩٠ وهو مطابق لنص المادة ١٦٦ من الدستور الذى تقدم ذكره والثانى نص المادة ١٩١ الذى يقضى بأن « جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التى تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها وكذلك كل ما صدر من الهيئات التى أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التى

وفقاً لنموذج العقد المرفق بالقرار المذكور والذى يتضمن أن البيع يصدر من الحارس العام بصفته إلى إحدى شركات التأمين بثمن يقدر وفقاً لحكم المادة ٣٦ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٤ أى اثنى عشر ضعفاً القيمة الإيجارية المتخذة أساساً لربط العوائد يدفع منه مقدماً ٥ ٪ والباقى يقسط على اثنى عشر قسطاً سنوياً متساوية وبفائدة قدرها ٤ ٪ سنوياً ويستحق القسط الأول منها بمضى سنة على تاريخ توقيع هذا العقد . وظاهر من هذا أن الدولة إنما قصدت قصر هذه البيوع على شركات التأمين التابعة للمؤسسة العامة للتأمين بثمن محدد مقداره وكيفية دفعه بطريقة خاصة ، والتصرف على هذا النحو يعتبر تصرفاً ذا طبيعة خاصة روعيت فيه اعتبارات تتعلق بشخص المتصرف إليه ومصالح عليا اجتماعية واقتصادية هى تمكين شركات التأمين بعد تأميمها من النهوض بوظيفتها ، وهو على هذا الأساس لا يعتبر بيعاً عادياً مما تجوز الشفعة فيه ، بل إن تجويز الشفعة فى هذه الحالة يتنافى مع طبيعة تلك التصرفات ويفوت الأغراض المنشودة منها ، وعدم إيراد نص خاص يمنع الأخذ بالشفعة فى هذه الحالة على غرار النصوص الواردة فى قانون الإصلاح الزراعى والقانون ٣ لسنة ١٩٦٣ لا يؤدى إلى إباحة الشفعة فى المبانى التى يحصل التصرف فيها تنفيذاً القرار ١٤ لسنة ١٩٦٣ مادام لا يتوافر فى هذه التصرفات الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام القانون المدنى ـ نقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٩٤٦ .

صدرت من هذه الهيئات أو من أى هيئة أخرى من الهيئات التى أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أى هيئة كانت » . وظاهر من هذين النصين أن لكل منهما مجالا يختلف عن مجال الآخر وأن المشرع لم يلتزم فى دستور سنة ١٩٥٦ موقفاً واحداً من التشريعات السابقة على تاريخ العمل به . بل غاير بينهما فيما أسبغه عليها من الحماية فاتخذ بالنسبة إلى بعضها موقفاً اقتضته ضرورة تحصين التشريعات والتدابير والإجراءات الثورية الاستثنائية التى اتخذت فى ظروف لا تقاس فيها الأمور بالمقياس العادى وذلك بالنص على عدم جواز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أى هيئة كانت — بينما اتخذ بالنسبة إلى سائر التشريعات الأخرى أسلوباً آخر ينطوى على حماية أدنى من تلك التى أسبغها على التشريعات الثورية الاستثنائية المتقدم ذكرها وذلك بالنص على بقائها نافذة مع إجازة إلغائها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى الدستور — وهذه المغايرة التى قصد إليها المشرع عند تحديد موقفه من التشريعات السابقة على الدستور قاطعة فى الدلالة على أنه إذ تناول موضوع التشريعات السابقة على الدستور فى نصين مختلفين فى دستور واحد فإن كلا منهما يقرر حكماً يختلف عما يقرره الآخر وأنه إنما يستهدف تحصين التشريعات التى حددها على سبيل الحصر فى المادة ١٩١ منه دون غيرها من التشريعات التى وقف بالنسبة إليها عند حد النص على استمرار نفاذها وذلك تجنباً لحدوث فراغ تشريعى يؤدى إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره — ولو أن المشرع أراد تحصين التشريعات السابقة على الدستور ضد الطعون القضائية لأفصح عن ذلك فى نص واحد عام يتناولها كافة ولم يكن فى حاجة إلى إيراد نص آخر يفيد ذات المعنى فى موضوع واحد .

« ومن حيث إن المشرع اجتزأ بنقل المادة ١٩٠ من دستور سنة ١٩٥٦ إلى المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ولم ينقل المادة ١٩١ من ذلك الدستور التى استنفدت أغراضها إذ أسبغت على التشريعات الثورية الاستثنائية التى صدرت منذ قيام الثورة حتى عام ١٩٥٦ حصانة نهائية لا مبرر ولا مسوغ

لتكرار النص عليها — ولا ريب أنه لا يعنى بنص المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ غير ما عناه بأصله الوارد فى المادة ١٩٠ من دستور سنة ١٩٥٦ وهو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم فليس معقولا أن تكون التشريعات التى صدرت قبل الدستور وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة فى ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة فى أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التى استحدثها الدستور — ليس معقولا أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور وفى ظل نظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب .

« ومن حيث إن الحكومة تقول فى مذكرتها التكميلية بعد إثارة الدفع بعدم جواز الطعن على النحو المتقدم ذكره إن ولاية المحكمة العليا لا تتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورها وتكون رقابتها لهذه التشريعات على أساس تلك الأوضاع دون أحكام الدستور القائم وأوضاعه — وهذا القول مردود بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت فى الدول ذات الدساتير الجامدة تستهدف أصلا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه — ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة .

« ومن حيث إنه على مقتضى ما تقدم يكون الدفع بعدم جواز الطعن فى دستورية الفقرة هـ من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى غير قائم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضه »(١) .

---

(١) حكم المحكمة العليا الصادر فى ٦ مارس ١٩٧١ فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية « دستورية » وعن الموضوع قالت المحكمة « ومن حيث إنه بالنسبة إلى الوجه الأول من وجهى الطعن المبنى على مخالفة الحالة الثانية من الفقرة هـ من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى لأحكام —

مدى اختصاص المحكمة العليا بالنظر فى دستورية القرارات بقوانين الصادرة بناء على التفويض التشريعى

٦٠٤ – نصت المادة ٤/١ من قانون المحكمة العليا على اختصاصها دون

– المادتين الأولى والتاسعة من الدستور . بأن المادة الأولى من الدستور تنص على أن « الجمهورية العربية المتحدة دولة ديمقراطية اشتراكية » – كما تنص المادة التاسعة منه على أن « الأساس الاقتصادى للدولة هو النظام الاشتراكى الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكى بدعامتيه من الكفاية والعدل » – وفى خصوص تنظيم الملكية الزراعية فى ظل التقدم الاشتراكى الذى جعل منه الدستور أساساً اقتصادياً للدولة أرسى الدستور فى المادة السابعة عشرة مبدأ تحديد الملكية الزراعية كأصل من الأصول التى يقوم عليها هذا النظام وأحال إلى القانون فى تعيين الحد الأقصى لهذه الملكية وقد صدرت قوانين الإصلاح الزراعى المتعاقبة التى قيدت الملكية الزراعية بحد أقصى لا تجاوزه وقضت بتوزيع ما يزيد عن هذا الحد من الأراضى الزراعية على العاملين فى الزراعة تحقيقاً لأهداف المشرع من توسيع قاعدة الملكية الزراعية وتطبيقاً للتقدم الاشتراكى الذى يقر الملكية الفردية فى مجال الزراعة فى حدود لا تسمح بالإقطاع ولم يعرض المشرع وهو بصدد سن هذه التشريعات الاشتراكية لحق الشفعة إلا حيث اقتضى ذلك تحقيق أهداف الإصلاح الزراعى فحظر الشفعة فى التصرفات الناقلة للملكية التى تتناول ما لم يستولى عليه من الأرض الزراعية الزائدة عن الحد الأقصى (المادة ٤ مكررة من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢) كما حظرها فى توزيع الأراضى على صغار المزارعين تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعى (الفقرة الأخيرة من المادة ٩ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ سالف الذكر) وكذلك منع الشفعة فى بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة (الفقرة الأخيرة من المادة ٥٨ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها) وفيما عدا تلك الحالات الاستثنائية التى ألغى فيها المشرع حق الشفعة تحقيقاً لأهداف الإصلاح الزراعى لا زال هذا الحق قائماً كسبب مشروع من أسباب كسب الملكية فى الحدود المقررة قانوناً .

« ومن حيث إن الأصل فى سلطة التشريع فى موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بقيود محددة ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب كسب الملكية ومنها حق الشفعة ولم يقيد سلطة المشرع فى تحديدها وتنظيمها اكتفاء بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية يحول دون قيام الإقطاع فإن ثم تكون سلطته فى هذا الصدد سلطة تقديرية فى نطاق الحد الأقصى المشار إليه – ولا ريب أن ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابها ومنها الجوار والاشتراك فى حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استناداً إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به فى ملكية الشفيع وحده فى نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدى إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلا عما يترتب عليها من دفع الضرر من الجار وتجنب مشكلات المشاركة فى حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار . لا ريب أن ذلك الترجيح مما يدخل فى حدود سلطة المشرع التقديرية التى لم يقيدها الدستور فى هذا الصدد –

غيرها بالفصل فى دستورية القوانين . ونصت المادة ١٧٥ من دستورنا الحالى على أن « تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . . . . » . ولم يتعرض أى من هذين النصين للرقابة على دستورية القرارات بقوانين ، فهل تنبسط رقابة المحكمة العليا مع ذلك عليها ؟ .

نرى أن المحكمة العليا تختص بالفصل فى دستورية القرارات بقوانين رغم عدم النص عليها . وقد رأيناها تقول بحقها فى بسط رقابتها على التشريعات الفرعية كافة : ومنها اللوائح ، على الرغم من عدم النص عليها فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون إنشائها . ولا يقدح فى ذلك أن يكون المشرع الدستورى قد استعمل عبارة « قرارات لها قوة القانون » (١) مما يحمل على القول بأن « القرارات بقوانين » تختلف عن « القوانين » كما تختلف عن

« ومن حيث إنه عن الوجه الثانى من أوجه الطعن فإن المدعى ينعى على النص المطعون فيه أنه يخالف المادة الثامنة من الدستور ويقول فى بيان ذلك أن الشفعة تخل بمبدأ تكافؤ الفرص لأنها تخول الشفيع وحده دون سواه رخصة تجعل منه المحتكر الوحيد لشراء الأرض المشفوع فيها – وهذا النعى مردود بأن المساواة التى يوجبها إعمال مبدأ تكافؤ الفرص تتحقق بتوافر شرطى العموم والتجريد فى التشريعات المنظمة للحقوق ولكنها ليست مساواة حسابية ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط فى طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذ اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط فى البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التى كفلها المشرع لهم – والتجاء المشرع إلى هذا الأسلوب فى تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للتمتع بالحقوق – لا يخل بشرطى العموم والتجريد فى القاعدة القانونية ذلك لأن المشرع إنما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط .

« ومن حيث إن شأن حق الشفعة كشأن غيره من الحقوق فى هذا الصدد ذلك لأن استعماله منوط بتوافر أسباب حددها المشرع على سبيل الحصر تنظيماً لموضوع كسب الملكية عن طريق الشفعة بحيث إذا توافر سبب من أسبابها فى فرد من الأفراد أصبح فى مركز قانونى يخوله رخصة الشفعة فى العقار ولا يقاس به غيره ممن لم يتوافر فيه سبب من هذه الأسباب إذ يكون فى مركز قانونى مغاير – ولم يعد المشرع فى تنظيم موضوع كسب الملكية بسبب الشفعة على الوجه المتقدم جانب المساواة أمام القانون ولم يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذى أقره الدستور فى المادة الثامنة » .

(١) راجع على سبيل المثال المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من دستورنا الحالى .

« اللوائح » التى أوردها المشرع فى المادة ١٧٥ من الدستور ، ذلك أن رقابة دستورية القوانين لا تنتج أثرها المرجو إلا إذا امتدت إلى التشريعات كافة الأصلية منها والفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها الدستورى ، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور — كما قالت المحكمة العليا بحق — قائمة بالنسبة إليها جميعاً ، بل إن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية ، وإن كنا نحبذ أن ينص المشرع صراحة على أن تتولى المحكمة الدستورية ، فى القانون الذى يصدر بإنشائها ، الرقابة على دستورية القرارات بقوانين حسماً لأى خلاف قد ينشأ حول اختصاصها بالنظر فى دستوريتها مستقبلا .

رأينا فى القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ باعادة تشكيل الهيئات القضائية

٦٠٥ — صدر القرار الجمهورى بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بناء على التفويض التشريعى الصادر به القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ تعويلا على المادة ١٢٠ من الدستور السابق (وتقابلها المادة ١٠٨ من الدستور الحالى) ، فما هو التكييف القانونى لهذا القرار بقانون ؟

ثمة رأى يذهب إلى أن القرارات الجمهورية بالقوانين والصادرة بناء على قوانين التفويض تعتبر أعمالا إدارية وإن كان لها نفس قوة القانون من حيث إمكان تعديل أو إلغاء التشريعات القائمة (١) . ويقر الدستور المصرى الحالى الطبيعة القانونية للقرارات الجمهورية بقوانين — الصادرة بناء على تفويض مجلس الشعب — ويعتبرها مجرد قرارات لها قوة القانون ، فقد سماها ، شأنه فى ذلك شأن الدستور السابق الصادر عام ١٩٦٤ ، قرارات ولم يسمها قوانين وإن كان سوى بينها وبين القوانين من ناحية الأثر القانونى فحسب مع تمايزها فى الطبيعة القانونية وفى خضوع كل منها لنظام قانونى مختلف عن الآخر .

وإنى أرى أن القرارات بقوانين التى أصدرها رئيس الجمهورية بالتطبيق للمادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ تعتبر ، من حيث الشكل ، قرارات إدارية

(١) الدكتور محمود حافظ ، التفويض التشريعى فى فرنسا وفى مصر ، رسالة دكتوراه ١٩٥٦ ص ٤٠٢ وما بعدها .

على الرغم من أنها تضم قواعد عامة مجردة تعتبر بها قانوناً من الناحية الموضوعية :
وبشأن القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بالذات فإنى أرى أنه لا يعدو كونه قراراً إدارياً فردياً سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع لعدم اشتماله على أية قواعد عامة مجردة وذلك لما يلى :

أولا : نصت المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ على أن « لرئيس الجمهورية فى الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها » . وإعمالا لهذا النص لا يحل لمجلس الأمة أن يفوض رئيس الجمهورية فى إصدار ما يسمى «قرارات بقوانين» ما لم تتوافر الشروط الآتية : ١ — أن يصدر التفويض فى وقت تمر فيه البلاد بحالة استثنائية . ٢ — أن يعين قانون التفويض الذى يصدره مجلس الأمة الموضوعات التى يجوز لرئيس الجمهورية أن ينظمها بقرارات بقوانين إذ لا يصح وفق أحكام الدستور أن يكون التفويض عاماً وشاملا لأن هذا معناه تنازل مجلس الأمة عن كامل اختصاصاته ، بمعنى أنه يحكم على نفسه بالموت وعدم الفاعلية . ٣ — أن يعين قانون التفويض الوجهة والخطوط الرئيسية التى يسير على هديها رئيس الجمهورية . ٤ — أن تكون مدة التفويض محددة تحديداً دقيقاً فى قانون التفويض ، ولا مانع من مدها إذا استمرت الحالة الاستثنائية قائمة . بيد أنه لا يمكن دستورياً أن يكون التفويض مطلقاً أو أن يعلق على انتهاء الحالة الاستثنائية إذ يتأدى ذلك إلى ترك تحديد انتهاء الحالة الاستثنائية للسلطة التنفيذية ذاتها بدون ضابط ولا رقيب ، الأمر الذى قد ينجم عنه عزل المجلس التشريعى عن مزاولة اختصاصاته الأساسية مدة طويلة .

وقد نص القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ (١) على أن « يفوض رئيس الجمهورية فى إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة فى جميع الموضوعات التى تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربى والاقتصاد الوطنى وبصفة

(١) صدر هذا القانون عن مجلس الأمة فى ٣١ مايو ١٩٦٧ ونشر بالعدد ٦٣ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ أول يونيه ١٩٦٧ .

عامة فى كل ما يراه ضرورياً لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية » . ويبين للوهلة الأولى أن هذا القانون لا يتوافر فيه شرط واحد من الشروط التى أسلفناها ، الأمر الذى يكون معه قانون التفويض باطلا بطلاناً مطلقاً لمخالفته نص المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ [1] . فالتفويض جاء عاماً غير محدد شاملا لكل شىء خالياً من النص على مدة معينة ولو استطالت إلى سنة أو حتى سنتين ، وإذا كان القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر باطلا فإن جميع القرارات بقوانين الصادرة استناداً إليه تكون باطلة كذلك لأن كل ما يترتب على الباطل باطل ، ومنها القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

ثانياً : أن القرار بقانون سالف الذكر لم يتضمن أية قواعد عامة منظمة لحالات عزل القضاة ، ولم ينص على تشكيل لجان مستقلة من بينهم للاطلاع على ملفاتهم وتحقيق دفاعهم فيما عساه يكون منسوباً إليهم وذلك بغض النظر عن عدم قابلية القضاة للعزل بغير الطريق المرسوم فى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، كما لم يرسم طريقاً للتثبت من أن أحكام بعضهم لا تتجانس مع أحكام الدستور والميثاق ، على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقرار . وقد صدر بعد ذلك قرار إعادة تعيين رجال القضاء رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٩ خالياً من أسماء مائة وسبعة وعشرين شخصاً من القضاة

---

(١) هذه المادة تماثل تماماً المادة ١٣٦ من دستور ١٩٥٦ وتقابلها المادة ١٠٨ من الدستور القائم وقد سبق إيراد نصها . ومن المفيد هنا أن نورد رأى الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى فى مؤلفه « الدستور المصرى » فى شأن القرارات بقوانين التفويضية إذ يقول فى الصفحة ٢٧٣ من القرارات بقوانين تفويضية ، وهى ما يسميها الفقه فى مصر باللوائح التفويضية إنها « عبارة عن قرارات بقوانين تصدرها السلطة التنفيذية استناداً على تفويض من السلطة التشريعية وتعالج بها أموراً لا تعالج إلا بقانون ، وما كان للسلطة التنفيذية أن تعالجها بقرارات بقوانين لولا تفويض السلطة التشريعية . واللائحة التفويضية إنما تعد فى قوة القانون ويمكنها بهذا أن تعدل أو تلغى بعض التشريعات القائمة ولكنها باعتبار مصدرها إنما تعد لوائح إدارية يجوز الطعن فيها ، كسائر اللوائح الإدارية ، بالإلغاء لدى مجلس الدولة . . ولم نر التفويض التشريعى فى مصر إلا مرة واحدة سنة ١٩٣٠ عندما صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٣٠ بشأن التعريفة الجمركية وفوض الحكومة فى تعديل التعريفة الجمركية بمراسيم بقوانين بشرط عرضها على البرلمان فى الدورة نفسها . وكذلك الحال بالنسبة للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٣٠ الخاص برسم الإنتاج وقد جرى العمل إلى الآن على ذلك » — السيد صبرى ، القانون الدستورى ص ٤٩٦ - عبد الحميد متولى ، الوسيط ص ٤٥٥ .

وأعضاء النيابة كان يستهدفهم القرار بقانون بذواتهم ، فهو ذو أثر منشىء مولد لحالة قانونية جديدة لمراكز فردية شخصية الأمر الذى يجعل هذا القرار بقانون قراراً إدارياً فردياً لا تنظيمياً ، ذلك أن المستقر فقهاً وقضاء عند تحديد طبيعة العمل القانونى ، أنه يجب الرجوع إلى المركز القائم به والسلطة التى أصدرته ، وأنه لا عبرة بعدد الأشخاص الذين تناولهم القرار وإن كثروا ما دام لم يشتمل على قاعدة عامة موضوعية تطبق على أشخاص معينين بأوصافهم لا بذواتهم . وحيث يكون العمل القانونى صادراً من السلطة التنفيذية سواء بناء على تفويض من السلطة التشريعية أو فيما بين أدوار الانعقاد أو فى فترة حل المجلس النيابى فإنه يعتبر قراراً إدارياً [1] . والملحظ فى تحديد ما إذا كان القرار صحيحاً أو لا هو بوقت صدوره ولا يسوغ فى مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة المستجدة تنعطف على الماضى لإبطال قرار صدر صحيحاً أو تصحيح قرار صدر باطلا فى حينه [2] . وفى مجال القانون العام تهدف القواعد القانونية المقررة لمشروعية أعمال الإدارة فى أغلبها إلى حماية المصلحة العامة ، فالبطلان النسبى لا يكون فى روابط القانون العام إلا فى مجال العقود الإدارية . أما بالنسبة للقرارات الإدارية فلا محل لفكرة البطلان النسبى [3] . وإذا كان القضاء العادى ليست له ولاية النظر فى القرارات الإدارية ولا يختص بطلب إلغائها إلا أنه يختص بالنظر فى أمر هذه القرارات المنعدمة التى تعتبر من الناحية القانونية البحتة غير موجودة .

وقد انتقلت فكرة الانعدام إلى القانون العام حين لوحظ أن بعض القرارات تصدر من جهة ليس لها ولاية فى إصدار القرار موضوع البحث أو ليست لها ولاية إصدار القرارات الإدارية إطلاقاً ولذا كان من الملائم التمييز فى شأن عيب عدم الاختصاص الذى يعيب القرار الإدارى ، بين حالة

---

(١) القضاء الإدارى فى ٢٧ إبريل ١٩٥٣ س ٧ ص ١٠٠٠ وفى ٤ يونيو ١٩٥٧ س ١١ ص ٥٨٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا فى ١٠ نوفمبر ١٩٦٢ س ٨ ص ٣٢ .

(٣) الدكتور محمود حلمى ، عيوب القرار الإدارى ، مجلة العلوم الإدارية س ١٢ ع ٢ ص ٩٥ .

اغتصاب السلطة وحالة عدم الاختصاص البسيط . والمخالفة القانونية فى الحالة الأولى تقضى على الصفة الإدارية فى القرار وتعدمه . وهكذا كانت فكرة اغتصاب السلطة أولى المحاولات الفقهية لصياغة نظرية الانعدام فى القانون العـــام . ويتحقق اغتصاب السلطة حين يصل عيب عدم الاختصاص إلى الحد الذى يعتدى فيه مصدر القرار على سلطة عامة ليست من طبيعة اختصاصه(١).

والحق إن القضاء لم يضع معياراً واضحاً يمكن أن تتحدد على أساسه أحوال عدم المشروعية الجسيمة التى تصل بالقرار إلى حد الانعدام وإنما يخضع الأمر فى كل حالة لتقدير كامل من جانب القاضى لقاعدة المشروعية ونوع المصالح التى تحميها . وقد حاولت محكمة التنازع الفرنسية وضع معيار عام للانعدام فقررت فى كثير من أحكامها أن القرار المعدوم هو القرار المخالف للقانون مخالفة صارخة لا تسمح باعتباره مظهراً لممارسة اختصاص تملكه الإدارة . وحاول الدكتور طعيمة الجرف تجميع كل المحاولات حول تعريف مشترك لفكرة الانعدام وحاصله أنه فى كل مرة يصاب فيها القرار الإدارى بعيب جسيم وواضح تخرج بسببه الإدارة بصفة نهائية عن نطاق وظيفتها المخصصة لها دستورياً وقانونياً ، فإنه لا بد وأن يتجرد القرار من صفته الإدارية ويخرج بالتالى عن نطاق القانون الإدارى ، أى يكون بمثابة التصرف المنعدم فى مفهوم أحكام هذا القانون (٢) . وهو يرى أن ذلك الوضع فى القرارات الإدارية يتحقق حين يكون القرار المدعى به وإن تحقق فيه ركن الإرادة بحكم أن الإدارة تكون قد تصرفت فعلا إلا أنه يمثل اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات ، وتلك هى الصورة الأولى والأصلية لفكرة اغتصاب السلطة . ثم يربط بين فكرة الانعدام وفكرة الوظيفة الإدارية فالفارق بين العمل الإدارى المعدوم والعمل الإدارى الباطل مرجعه فكرة الوظيفة فكل عمل منبت الصلة بالوظيفة الإدارية — كما يحددها القضاء على ضوء المبادئ الدستورية العامة فى الدولة — بحيث لا يمكن اعتباره تنفيذاً مباشراً أو غير

(١) المرجع السابق ص ٩٩ — طعيمة الجرف ، نظرية انعدام التصرفات القانونية مجلة العلوم الإدارية س ٣ ع ١ ص ٧٢ .

(٢) المصدر معاله سالف الذكر ص ٧٢ وما بعدها .

مباشر للوظيفة الإدارية هو عمل معدوم(١) . و بإنزال المبادئ المتقدمة على القرار بقانون المشار إليه والذى صدر من رئيس الجمهورية استناداً إلى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ الصادر من مجلس الأمة قبيل أحداث النكسة التى منيت بها مصر فى ٥ من يونيه سنة ١٩٦٧ يبين منها بجلاء أن موضوع هـــذا القرار بقانون قد جاء ناشزاً على معالم قانون التفويض خارجاً عن الموضوع الذى حدده إن كان ثمة موضوع محدد ، وبصرف النظر عما يثار بشأن دستوريته . فلم يقل أحد إن الهيئة القضائية أو بعض رجالها كانوا حجر عثرة فى دعم كل إمكانيات الدولة البشرية والمادية أو فى دعم المجهود الحربى أو كانوا معاول هدم للاقتصاد القومى ولن يقول أحد إنهم كانوا سبباً فى هزيمة ٥ يونيه سنة ١٩٦٧ فهم منها ومن أسبابها براء . ولا يتصور أن يقال إن مواجهة العدوان الإسرائيلى واسترداد الأرض السليبة وحماية أمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربى والاقتصاد الوطنى يكون بالاعتداء الصارخ على استقلال القضاء ، ذلك الاستقلال الذى فاخرت به مصر العالم أجمع ردحاً طويلا من الزمان .

لا يمكن أن يقال ذلك ، إنما الذى يمكن أن يقال هو أن مثل هذه القرارات هى التى تسبب النكسات لما يترتب عليها من تشرذم القوى وتفكك الجبهة الداخلية ودفع الناس إلى أن يبلسوا من عدالة الأرض بل أكاد أقول ومن عدالة السماء أيضا .

ثالثاً : الأصل أن القضاء الإدارى يختص بإلغاء القرارات الإدارية ويترتب على هذا الأصل أنه لا يختص بالنظر فى القرارات الإدارية المنعدمة فيحكم بعدم قبول الدعوى لعدم تعلقها بقرار إدارى . وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا قد ذهبت إلى أن القرار المعدوم لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية فى سبيل استعمال ذوى الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة ، فإن الفقه

(١) الطماوى ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٩٥٧ ص ١٠ .
ويرى الدكتور محمود حلمى أنه إذا صدر القرار من جهة ليست ذات ولاية كان القرار معدوماً — المرجع السابق ص ١٠٥ .

يرى أن يكون الحكم فى حالة القرارات الإدارية المعدومة بإعلان انعدامها وليس بإلغائها لأن الحكم بالإلغاء لا يرد إلا على موجود .

وترتيباً على هذا يرى الفقه أن المحاكم القضائية العادية تملك الحكم بإعلان هذا الانعدام ووقف تنفيذ القرارات المعدومة والتعويض عنها على تقدير أنها لا تعدو أن تكون عائقاً مادياً فحسب .

الخلاصة

٦٠٦ ـ محصل ما سبق أن القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ قرار إدارى تضمن اعتداء صارخاً على اختصاص السلطة التشريعية واعتداء أصرخ على استقلال السلطة القضائية وقد صدر ممن لا ولاية له فى إصداره ومن ثم فهو كقرار إدارى لا وجود له قانوناً لأنه معدوم لا أثر له من الناحية القانونية وينحدر إلى مرتبة العمل المادى الذى يمثل عدوان الحكومة على استقلال القضاء ومنعها بقوتها المادية ممن عزلتهم منهم عن مباشرة وأداء رسالتهم . وإذ كان القرار ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ قد صدر مؤسساً على القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، وكان قرار وزير العدل رقم ٩٢٧ لسنة ١٩٦٩ قد صدر تنفيذاً للقرارين سالفى الذكر وكان أساسهما المشترك معدوماً فإن العدم يلحقهما بدوره . ومتى انتهينا إلى انعدام تلك القرارات من الناحية القانونية وكان انعدامها ظاهراً لا يحتمل الشك فإن الاختصاص بتقرير هذا الانعدام يضحى من اختصاص أية محكمة مطروح عليها موضوع النزاع ومن اختصاص محكمة النقض بصدد الطلب الذى يتقدم به أحد القضاة الذين أحيلوا إلى المعاش بموجب تلك القرارات ، لأن المحكمة كما أسلفنا لا تفعل أكثر من اطراح تلك القرارات جانباً لأنه لا مجال للقضاء بإلغائها إذ الإلغاء لا يرد على معدوم . ويبنى على ذلك أنه لا محل للبحث فى دستورية تلك القرارات والقول بوقف الدعوى التى تطرح على محكمة النقض والاتجاه إلى المحكمة العليا[1] لأن

(١) ولعلنا بإنزال الأحكام التى ذكرناها بشأن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ لا نعدو الحقيقة ولا نتجنى على القانون إذا قلنا بأن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا هو بدوره قرار معدوم لأنه إنما صدر استناداً إلى القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر ، وإن كان وضع هذه المحكمة بات سليماً بصدور الدستور لما تقضى به فى المادة ١٩٢ من استمرار ممارسة المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة فى القانون الصادر =

البحث فى الدستورية لا يكون إلا حيث يكون القرار موجوداً فتبحث أحكامه لبيان مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها لأحكام الدستور[1] .

حق المحاكم فى التحقق من جدية الدفع بعدم الدستورية

٦٠٧ ـ لا تنظر المحكمة العليا فى دستورية القوانين إلا إذا دفع أمام المحاكم العادية بعدم دستوريتها ، وقد كان إطلاق المادة ١/٤ يوجب على المحاكم أن توقف الدعوى ولو استظهرت فساد الدفع وذلك حتى تقول المحكمة العليا كلمتها بشأن القانون الطعين . ولكن المشرع تدارك هذا الوضع فى قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والرقيم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ حين أوجب على المحكمة التى يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية بحث مدى جديته إذ نص فى المادة الأولى منه على أن « ترفع طلبات الفصل فى دستورية القوانين إذا قدرت المحكمة المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية جدية هذا الدفع » . وهكذا يكون لمحكمة الموضوع فى رأينا ، بل عليها ، إذا ما دفع أمامها بعدم دستورية قانون معين أن تبحث الدفع من وجوهه القانونية كافة ، لا بحثاً سطحياً كما يفعل القاضى المستعجل حين يتحسس وجه الجد فى المنازعة

= بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا . وغنى عن البيان أن محكمة النقض تختص دون غيرها بنظر موضوع الطلب الذى يطرحه عليها أحد القضاة الذين لم يشملهم قرار إعادة التعيين بحسبانه عزلا من ولاية القضاء أو فصلا بغير الطريق التأديبى الذى رسمه القانون ، وذلك بصريح نص المادة ٩٠ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ إذ الهدف من الطلب إنما هو التوصل إلى أن صفة القاضى لم تزايله ، حتى فى الحالة التى يتوسل فيها بعدم دستورية القرار بقانون المشار إليه لأن الاختصاص يتحدد بطلبات المدعى وليس بوسائل الدفاع فيه .

(١) والقول بغير انعدام القرارات المشار إليها بالمتن يعنى أمراً خطيراً ذلك أن مضمون هذه القرارات أن الحكومة عزلت قضاة مصر جميعاً فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ وأعادت تعيين بعضهم فى ٤ من سبتمبر سنة ١٩٦٩ ومن ثم فإن الأحكام التى صدرت خلال تلك الأيام الأربعة شابها البطلان والانعدام لأن من أصدروها لم يكونوا فى ذلك التاريخ قضاة وهو قول غير سائغ وكذلك فإن على كل قاض لم يحلف اليمين بعد ٣١ أغسطس ١٩٦٩ أن يرفع قلمه وأن يحجب نفسه عن كل دعوى حتى يحلف اليمين القانونية ذلك أن حلف اليمين شرط أساسى لمباشرته عمله ومن ثم فإن كل من لم يحلف اليمين بعد إعادة التعيين فى ٤ من سبتمبر سنة ١٩٦٩ لا يحق له الجلوس فى مجلس القضاء والتصدى للحكم فى المنازعات وهو أمر لا يمكن التسليم به ولو أنه النتيجة الحتمية فى منطق القانون عند القول بوجود هذه القرارات من الناحية القانونية وهو أمر غير صحيح لأن تلك القرارات معدومة منذ لحظة صدورها على ما أوضحنا .

المعروضة عليه من ظاهر الأوراق ، وإنما بحثاً مستفيضاً وعميقاً ، لا لتقضى بدستورية القانون الطعين أو عدم دستوريته ، وإنما استظهاراً لوجه الجد فى الدفع بعدم الدستورية ، فإذا انتهت من بحثها إلى أن الدفع ظاهر الفساد وأن صاحبه لم يتقدم به إلا ابتغاء عرقلة الفصل فى النزاع ، اطرحته وشقت طريقها نحو الفصل فى الموضوع ، أما إذا رأت عكس ذلك وانتهت من بحثها القانونى إلى أن الدفع بعدم الدستورية جدى ، أمرت بوقف الدعوى حتى تقضى المحكمة العليا فى الدفع بعدم الدستورية[1] .

٦٠٨ — ولكن ما الحكم إذا وجدت إحدى المحاكم أن القانون المطلوب منها تطبيقه غير دستورى ولم يدفع أمامها بعدم دستوريته ، هل تطبقه رغم أن عدم الدستورية من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، أو تراها مستطيعة — مع قيام المحكمة العليا — الامتناع عن تطبيقه ؟ إن المشرع وإن ناط بالمحكمة العليا مهمة الفصل ، دون غيرها ، فى دستورية القوانين إلا أنه علق اختصاصها فى هذا الصدد على الدفع بعدم دستوريتها أمام إحدى المحاكم ، وأن يرفع صاحب الشأن الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا فى الميعاد الذى تحدده له المحكمة التى أثار الدفع أمامها ، فإذا لم يرفع دعواه فى الميعاد المحدد اعتبر

(١) وفى هذا يقول تقرير لجنة الشئون التشريعية لمجلس الأمة « وأتى مشروع القانون المرافق ليقرر فى عبارة واضحة حق المحكمة التى يثار لديها الدفع فى تقدير جديته وإصدار قرارها بوقف الدعوى المطروحة عليها من عدمه — على ضوء تقديرها لجدية هذا الدفع — وهو أمر طبيعى حتى لا يتخذ الدفع بعدم دستورية القانون وسيلة للكيد ولتعطيل الفصل فى القضايا لدى محكمة الموضوع التى تنظره . والأمثلة على ذلك كثيرة كأن يثار دفع بشأن عدم دستورية قانون لا يحكم الخصومة فى الدعوى المطروحة ، أو الدفع بعدم دستورية قانون سبق للمحكمة العليا أن أصدرت فى شأنه حكماً ، أو الدفع بعدم دستورية قانون مقرر لنصوص واردة فى الدستور ذاته ، فترك ولاية تقدير جدية الدفع للمحكمة التى يثار أمامها أمر يوجبه حسن تطبيق القانون وقواعد حسن سير العدالة » . ولا مراء أن الأمثلة التى ساقها تقرير اللجنة لم ترد على سبيل الحصر وهو ما يدعم ما ذكرناه فى المتن من أن بحث الدستورية للتأكد من جدية الدفع هو واجب على المحاكم وليس حقاً لها بمعنى أنها لا تستطيع أن تنفض يدها من الدفع بمجرد إبدائه وتأمر بوقف الدعوى وإنما يتعين عليها أن تتصدى له وأن تهدره إذا استبانت عدم جديته دون أن يقال إنها اغتصبت سلطة المحكمة العليا فى هذا الشأن . ومن أمثلة الدفوع غير الجادة — فى رأيى — الحالات التى يحيل فيها الدستور إلى القانون فى تحديد نطاق الحق الدستورى ويعبر عنها الدستور عادة بعبارة « بناء على قانون » أو « فى الأحوال المبينة فى القانون » أو « على الوجه المبين فى القانون » أو « ينظم أو يحدد أو يبين القانون » .

الدفع كأن لم يكن[1] ، ويسمى هذا الأسلوب من أساليب الرقابة القضائية « أسلوب الدفع » ويعيبه أنه يؤدى إلى وقوع كثير من التصادم بين القضاءين

(١) ويرفع الطلب ، وفق القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، بعريضة تودع قلم كتاب المحكمة العليا موقعة من محام مقبول أمامها . وأشير هنا إلى أن المشرع لم ينظم طريقة رفع الطلب من النيابة العامة إذا كانت هى التى دفعت بعدم الدستورية ، ولا سيما أنه قد يعن لها أن تثير مثل هذا الدفع فى المواد الجزائية وفى المواد المدنية التى يوجب أو يجيز لها القانون أن تتدخل فيها وكذلك فى مواد الأحوال الشخصية ، ذلك أن المادة ٣ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ اقتصر نصها على أن « تعتبر النيابة من ذوى الشأن متى كان الطلب متعلقاً بالفصل فى دستورية قانون عقابى . . » وورود هذا النص فى بيان وجوب إعلان عريضة طلب الفصل فى الدستورية إلى النيابة العامة مما قد يحمل البعض على القول إن النيابة العامة ليس لها حق تقديم طلب الفصل فى الدستورية للمحكمة العليا . بيد أنى أرى أنه ليس ثم فى قانون المحكمة العليا أو قانون الإجراءات والرسوم أمامها ما يسلب النيابة هذا الحق ، وإذا كان هذا القانون الأخير قد خلا من بيان الإجراءات التى تتبعها النيابة العامة فى تقديم طلب الفصل فى عدم الدستورية للمحكمة العليا إذا كانت هى التى أثارت الدفع به ، فإن القانون المذكور لم يستثن النيابة العامة من اتباع الإجراءات التى نظمها لسائر الخصوم ، وإذا كان بعض هذه الإجراءات لا يتصور سريانه على النيابة العامة مثل اشتراط توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة العليا على عريضة الطلب وسداد رسم ثابت وكفالة عند إيداع الطلب قلم الكتاب فإنه يمكن التغاضى عن هذه الشروط التى لا تتفق وطبيعة النيابة العامة وإلا كان معنى ذلك أن تقف النيابة العامة عاجزة عن تقديم الطلب للمحكمة العليا فى الميعاد الذى تحدده لها المحاكم التى يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها وبعد أن تأمر تلك المحاكم بوقف الدعاوى حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع وهو ما يستتبع اعتبار الدفع كأن لم يكن وإن كنا نحبذ أن يتدارك المشرع هذا النقص فينظم الإجراءات التى تتبعها النيابة العامة والتى تتفق مع طبيعتها كأن يقصر حق تقديم الطلب على النائب العام والمحامين العامين ويعفيها من سداد الرسم وإيداع الكفالة وإن كان يمكن الاستهداء عن هذا كله إزاء نص المادة الأولى من قانون الإصدار رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الذى يجرى بأن « يستهدى فيما لم يرد فى شأنه نص فى قانون المحكمة العليا أو فى هذا القانون (قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا) بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة الأوضاع أمام المحكمة العليا وروحها » ، وقد نصت المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن « للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية أياً كانت المحكمة التى أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله وذلك فى الأحوال الآتية . . . ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام . . » وقد أوجبت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات على الطاعن أن يودع خزانة المحكمة التى تقدم إليها صحيفة الطعن مبالغ على سبيل الكفالة تختلف بحسب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . ومن المسلم أن الكفالة واجبة على الطاعن فرداً أو مصلحة أو وزارة أو جمعية خيرية أو شركة أو مؤسسة ، ولم يقل أحد مع ذلك بأن النص الذى يخول النيابة حق الطعن بالنقض معطل لأن =

المعروضة عليه من ظاهر الأوراق ، وإنما بحثاً مستفيضاً وعميقاً ، لا لتقضى بلدستورية القانون الطعين أو عدم دستوريته ، وإنما استظهاراً لوجه الجد فى الدفع بعدم الدستورية ، فإذا انتهت من بحثها إلى أن الدفع ظاهر الفساد وأن صاحبه لم يتقدم به إلا ابتغاء عرقلة الفصل فى النزاع ، اطرحته وشقت طريقها نحو الفصل فى الموضوع ، أما إذا رأت عكس ذلك وانتهت من بحثها القانونى إلى أن الدفع بعدم الدستورية جدى ، أمرت بوقف الدعوى حتى تقضى المحكمة العليا فى الدفع بعدم الدستورية(1) .

٦٠٨ — ولكن ما الحكم إذا وجدت إحدى المحاكم أن القانون المطلوب منها تطبيقه غير دستورى ولم يدفع أمامها بعدم دستوريته ، هل تطبقه رغم أن عدم الدستورية من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، أو تراها مستطيعة — مع قيام المحكمة العليا — الامتناع عن تطبيقه ؟ إن المشرع وإن ناط بالمحكمة العليا مهمة الفصل ، دون غيرها ، فى دستورية القوانين إلا أنه علق اختصاصها فى هذا الصدد على الدفع بعدم دستوريتها أمام إحدى المحاكم ، وأن يرفع صاحب الشأن الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا فى الميعاد الذى تحدده له المحكمة التى أثار الدفع أمامها ، فإذا لم يرفع دعواه فى الميعاد المحدد اعتبر

(1) وفى هذا يقول تقرير لجنة الشئون التشريعية لمجلس الأمة « وأتى مشروع القانون المرافق ليقرر فى عبارة واضحة حق المحكمة التى يثار لديها الدفع فى تقدير جديته وإصدار قرارها بوقف الدعوى المطروحة عليها من عدمه — على ضوء تقديرها لجدية هذا الدفع — وهو أمر طبيعى حتى لا يتخذ الدفع بعدم دستورية القانون وسيلة للكيد ولتعطيل الفصل فى القضايا لدى محكمة الموضوع التى تنظره . والأمثلة على ذلك كثيرة كأن يثار دفع بشأن عدم دستورية قانون لا يحكم الخصومة فى الدعوى المطروحة ، أو الدفع بعدم دستورية قانون سبق للمحكمة العليا أن أصدرت فى شأنه حكماً ، أو الدفع بعدم دستورية قانون مقرر لنصوص واردة فى الدستور ذاته ، فترك ولاية تقدير جدية الدفع للمحكمة التى يثار أمامها أمر يوجبه حسن تطبيق القانون وقواعد حسن سير العدالة » . ولا مراء أن الأمثلة التى ساقها تقرير اللجنة لم ترد على سبيل الحصر وهو ما يدعم ما ذكرناه فى المتن من أن بحث الدستورية التأكد من جدية الدفع هو واجب على المحاكم وليس حقاً لها بمعنى أنها لا تستطيع أن تنفض يدها من الدفع بمجرد إبدائه وتأمر بوقف الدعوى وإنما يتعين عليها أن تتصدى له وأن تهدره إذا استبانت عدم جديته دون أن يقال إنها اغتصبت سلطة المحكمة العليا فى هذا الشأن . ومن أمثلة الدفوع غير الجادة — فى رأيى — الحالات التى يحيل فيها الدستور إلى القانون فى تحديد نطاق الحق الدستورى ويعبر عنها الدستور عادة بعبارة « بناء على قانون » أو « فى الأحوال المبينة فى القانون » أو « على الوجه المبين فى القانون » أو « ينظم أو يحدد أو يبين القانون » .

الدفع كأن لم يكن(1) ، ويسمى هذا الأسلوب من أساليب الرقابة القضائية « أسلوب الدفع » ويعيبه أنه يؤدى إلى وقوع كثير من التصادم بين القضاءين

(1) ويرفع الطلب ، وفق القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، بعريضة تودع قلم كتاب المحكمة العليا موقعة من محام مقبول أمامها . وأشير هنا إلى أن المشرع لم ينظم طريقة رفع الطلب من النيابة العامة إذا كانت هى التى دفعت بعدم الدستورية ، ولا سيما أنه قد يعن لها أن تثير مثل هذا الدفع فى المواد الجزائية وفى المواد المدنية التى يوجب أو يجيز لها القانون أن تتدخل فيها وكذلك فى مواد الأحوال الشخصية ، ذلك أن المادة ٣ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ اقتصر نصها على أن « تعتبر النيابة من ذوى الشأن متى كان الطلب متعلقاً بالفصل فى دستورية قانون عقابى . . » وورد هذا النص فى بيان وجوب إعلان عريضة طلب الفصل فى الدستورية إلى النيابة العامة مما قد يحمل البعض على القول إن النيابة العامة ليس لها حق تقديم طلب الفصل فى الدستورية للمحكمة العليا . بيد أنى أرى أنه ليس ثم فى قانون المحكمة العليا أو قانون الإجراءات والرسوم أمامها ما يسلب النيابة هذا الحق ، وإذا كان هذا القانون الأخير قد خلا من بيان الإجراءات التى تتبعها النيابة العامة فى تقديم طلب الفصل فى عدم الدستورية للمحكمة العليا إذا كانت هى التى أثارت الدفع به ، فإن القانون المذكور لم يستثن النيابة العامة من اتباع الإجراءات التى نظمها لسائر الخصوم ، وإذا كان بعض هذه الإجراءات لا يتصور سريانه على النيابة العامة مثل اشتراط توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة العليا على عريضة الطلب وسداد رسم ثابت وكفالة عند إيداع الطلب قلم الكتاب فإنه يمكن التغاضى عن هذه الشروط التى لا تتفق وطبيعة النيابة العامة وإلا كان معنى ذلك أن تقف النيابة العامة عاجزة عن تقديم الطلب للمحكمة العليا فى الميعاد الذى تحدده لها المحاكم التى يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها وبعد أن تأمر تلك المحاكم بوقف الدعاوى حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع وهو ما يستتبع اعتبار الدفع كأن لم يكن وإن كنا نحبذ أن يتدارك المشرع هذا النقص فينظم الإجراءات التى تتبعها النيابة العامة والتى تتفق مع طبيعتها كأن يقصر حق تقديم الطلب على النائب العام والمحامين العامين ويعفيها من سداد الرسم وإيداع الكفالة وإن كان يمكن الاستغناء عن هذا كله إزاء نص المادة الأولى من قانون الإصدار رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الذى يجرى بأن « يسترشد فيما لم يرد فى شأنه نص فى قانون المحكمة العليا أو فى هذا القانون (قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا) بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة الأوضاع أمام المحكمة العليا وروحها » ، وقد نصت المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن « للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية أياً كانت المحكمة التى أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله وذلك فى الأحوال الآتية . . . ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام . . » وقد أوجبت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات على الطاعن أن يودع خزانة المحكمة التى تقدم إليها صحيفة الطعن مبالغ على سبيل الكفالة تختلف بحسب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . ومن المسلم أن الكفالة واجبة على الطاعن فرداً أو مصلحة أو وزارة أو جمعية خيرية أو شركة أو مؤسسة ، ولم يقل أحد مع ذلك بأن النص الذى يخول النيابة حق الطعن بالنقض معطل لأن —

العادى والدستورى ، وإلى التراخى سنوات عديدة فى إجراء هذه الرقابة حالة أنه ليس من المصلحة فى شيء أن يبقى فى الوجود قانون غير دستورى يوماً أو بعض يوم . وينتج عن هذا الأسلوب أن المحاكم لا تستطيع أن تحيل من تلقاء نفسها إلى المحكمة العليا قانوناً تظنّت فى دستوريته ، كما أن الخصوم لا يستطيعون الطعن أمام المحكمة العليا مباشرة بطريق الدعوى الأصلية[1] . ويذهب رأى إلى أنه ليس ثمة ما يمنع المحاكم المختلفة من أن تقول كلمتها فى دستورية القوانين متى استلزم الفصل فى النزاع المعروض عليها ذلك ولم يدفع أحد الخصوم بعدم الدستورية ، فإذا وجدت أن القانون غير دستورى امتنعت عن تطبيقه[2] .

وقف الدعوى وطريقة تعجيلها

٦٠٩ — قلنا إن المحاكم تأمر بوقف الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع ، وإذ كان تعليق أمر الفصل فى الدعوى على إجراء آخر ترى المحكمة ضرورة اتخاذه أو استيفائه والحكم بوقف الدعوى لهذا السبب حتى

= القانون سكت عن بيان التزامها بالكفالة أو الرسوم . هذا وإيجاب القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ إعلان النيابة العامة بالطلب الذى يقدم بالفصل فى الدستورية لا يفهم منه بالضرورة أن المشرع يقصر حق طلب الفصل فى دستورية القوانين على غير النيابة العامة ، وإنما غاية ما هنالك أن المشرع يوجب إعلان النيابة العامة بالطلب الذى يقدمه غيرها من الخصوم دون أن يحرمها من هذا الحق الذى منحه لغيرها . أما القول بأن الدفع المبدى من النيابة العامة بعدم الدستورية لا يترتب عليه وقف الدعوى الأصلية لمجرد أن قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة لم يوضح إجراءات تقديم النيابة العامة طلب الفصل فى الدستورية فهو لا يكفى بذاته سنداً لحرمانها من حق تقديم هذا الطلب لما سقناه آنفاً ولا سيما أن المشرع أطلق كلمة « الخصوم » الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٤ من قانون المحكمة العليا فى عبارة « . . وتحدد المحكمة التى أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا . . . » .

(١) وهو ما يطلق عليه بعض نظم الرقابة « الشكوى الدستورية » .

(٢) ويبدو هذا الرأى غريباً إذ ينبنى عليه أن يكون للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى دون أن يدفع أمامها بعدم دستوريته ولا يكون لها ذلك إذا دفع بعدم دستوريته ، ولا يرد على هذا بأنه نتيجة حتمية لما هو مسلم به من أن عدم الدستورية من النظام العام من جهة ، ولاختصاص المحكمة العليا بالفصل فى الدستورية متى دفع بها أمام المحاكم من جهة أخرى ، وأنه لا يتصور أن المشرع وقد قصد من إنشاء المحكمة العليا توكيد حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن يفرض على المحاكم العادية تطبيق قوانين غير دستورية . ذلك أن التفات المحاكم عن تطبيق هذه القوانين هو نوع من الرقابة على دستوريتها خص به المشرع المحكمة العليا وحدها .

يتخذ هذا الإجراء أو يتم ، يجعل حكم الوقف حكماً قطعياً فيما تضمنه من عدم جواز الفصل فى موضوع الدعوى قبل تنفيذ مقتضاه بحيث يمتنع على المحكمة معاودة النظر فى الموضوع دون أن يقدم لها الدليل على تنفيذ ذلك الحكم ، فإن المحاكم لا تستطيع أن تعدل عن الحكم أو القرار الذى تصدره بوقف السير فى الدعوى وتقضى فى موضوعها حتى يفصل من المحكمة العليا فى الدفع بعدم الدستورية ، فإن هى فعلت كان عدولها إهداراً لحجية حكم الوقف مما يعيب قضاءها فى الموضوع بمخالفة القانون ويستوجب لذلك نقضه .

ولا يحل للخصوم ، بطبيعة الحال ، تعجيل الدعوى أثناء الميعاد الذى تحدده المحاكم للخصوم لرفع الطلب بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا ، كما لا يحل لهم تعجيلها بعد انتهاء هذا الميعاد ما لم يقدم طالب التعجيل شهادة من قلم كتاب المحكمة العليا تفيد أن الخصم لم يرفع طلبه بعدم الدستورية أمام تلك المحكمة فى الميعاد المحدد .

ولم يحدد المشرع فى قانون المحكمة العليا أو فى قانون الإجراءات والرسوم أمامها طريقة تعجيل الدعوى كما لم يبين من يلتزم من الخصوم بالتعجيل إذا لم يرفع طلب عدم الدستورية فى الميعاد المحدد ، وبالرجوع إلى المادة ١٢٩ مرافعات نجدها تقضى بأنه « فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها . . وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى » ، ومؤدى ذلك أن الخصم الذى يتضرر من الوقف هو الذى يتعين عليه تعجيل الدعوى بعد الحصول على شهادة من قلم كتاب المحكمة العليا كما ذكرنا .

اختصاص المحكمة العليا بطلبات تفسير النصوص القانونية

٦١٠ — نصت المادة ٢/٤ من قانون المحكمة العليا على اختصاصها بتفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائى وذلك بناء على طلب وزير العدل[1] . والتفسير الذى تباشره

(١) ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ فى هذا الخصوص ما يلى « . . وقد اقتضت هذه الصورة فى العلاقات الاجتماعية والاقتصادية ثورة تشريعية حتى يمكن القانون وهو صورة من صور الحرية أن يسايرها فى توثبها إلى التقدم وحتى لا تكون مواده =

المحكمة العليا فى هذا الصدد وإن كان لا يخرج عن نطاق التفسير القضائى إلا أنه يتميز عنه بصفته الإلزامية بمعنى أن له قوة التفسير التشريعى وإن كان لا يقيد المشرع صاحب الاختصاص الأصيل فى التشريع . وتنشر قرارات التفسير فى الجريدة الرسمية ، شأنها فى ذلك شأن القوانين ذاتها ، وهو ما توجبه المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، وتتقيد المحاكم على اختلاف درجاتها ، بما فى ذلك المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض ، بما تصدره المحكمة العليا من تفسيرات اعتباراً من تاريخ نشرها ، وفى رأيى أن هذه المحكمة الأخيرة تتقيد بدورها بما تكون أصدرته منها بحيث يمتنع عليها العدول عنها . وقد عهد المشرع بهذه المهمة الجليلة إلى المحكمة العليا اعتباراً بأن التشريع لا يستطيع ملاحقة التغييرات التى تطرأ على المجتمع ، وقد يبدو للوهلة الأولى أن ثمة خلطاً بين الوظيفتين القضائية والتشريعية ، بيد أن النظرة الفاحصة كفيلة بدحض ذلك لأن ما تباشره المحكمة العليا فى التفسير ليس تشريعاً ولا هو من قبيله كما أوضحنا وإن كانت له صفة الإلزام ، فضلا عن أن تفسير المحكمة العليا للنصوص القانونية لا يمنع المشرع من الإغضاء عنها وإصدار تشريع

= قيوداً تصد القيم الجديدة فى المجتمع . ولما كان القضاء هو جهاز سلطة الدولة الذى يعمل أمانة صيانة هذه القيم فإن من أوجب الأمور حتى يحقق التشريع أهدافه الاجتماعية التمكين للقضاء من أن يؤدى دوره فى تطبيق التشريع على نحو يكفل سلامته . وإذا كان القاضى لا يخضع فى تقدير الوقائع التى تطرح عليه إلا لسلطان ضميره ، إلا أنه ملتزم بمبادىء المجتمع من خلال التزامه بالقانون فى نصوصه وفى روحه أى فى مبادئه العامة التى منها تتكون قيم المجتمع الذى يعيش فيه . . . غير أنه بدا فى كثير من الحالات أن أحكام القضاة لم تستطع اللحاق بركب التطور الذى طرأ على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية نتيجة قصور فى التشريع ، إلا أن مهمة القاضى فى التفسير والتطبيق هى التى تحرك النصوص الجامدة وهى التى يتوقف عليها تحقيق إرادة المشرع أو إعاقتها وذلك وفق ما يعطى من تفسير النصوص فضلا من أن المشرع لا يستطيع دائماً ملاحقة التغييرات التى تطرأ على المجتمع بالسرعة اللازمة . . وإن استقلال القاضى ليس ميزة خلعها عليه المجتمع بل إنه مقرر لصالح العدالة والشعب (والغريب أن قانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والذى ترتب عليه فصل القضاة صدر مع قانون المحكمة العليا الذى تتحدث مذكرته الإيضاحية عن استقلال القاضى على هذا النحو فى يوم واحد) . واستطردت المذكرة الإيضاحية تقول إن المشرع جعل تفسير المحكمة العليا ملزماً حتى لا تكون ثمة حاجة إلى الالتجاء إلى إصدار تشريعات تفسيرية أو إنشاء لجان لهذا الغرض . وراجع ما ذكرته فى هذا الصدد المذكرة الإيضاحية القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ .

مخالف ، فيدُ المشرع فوق يد المحكمة العليا تعلو مشيئتُه على كل تفسير .

وقد خول المشرع وزير العدل دون غيره حق طلب تفسير النصوص القانونية ، فليس لغيره من الوزراء أو الجهات التقدم بهذا الطلب إلا عن طريقه ، وهو صاحب الكلمة الأولى فى تحديد النصوص التى تحتاج بسبب طبيعتها أو أهميتها تفسيراً تلتزمه جهات القضاء جميعاً .

وقد تقدم وزير العدل بتاريخ ١٦ مارس سنة ١٩٧١ بطلب تفسير يتعلق بلائحة نظام العاملين بالشركات الصادرة بالقرار الجمهورى الرقيم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ وقيد الطلب برقم ٣ لسنة ٢ ق عليا « تفسير » وأصدرت فيه المحكمة العليا بتاريخ أول إبريل ١٩٧٢ قرارها ويقضى :

أولاً : تعتبر أحكام لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ نافذة منذ ٢٩ من ديسمبر ١٩٦٢ عدا ما تعلق منها بتسوية حالات العاملين ومنح العلاوات الدورية والترقيات فإن تنفيذها معلق على إتمام التوصيف والتعميم والتصنيف والتعـادل .

ثانياً : لا تسرى القواعد والنظم الخاصة بإعانة غلاء المعيشة(1) على من

(١) كانت محكمة النقض قد قضت فى ٢٧ مايو ١٩٧٠ بأن « قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ سنة ١٩٦٢ بلائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة والمعمول به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فى ٢٩ ديسمبر ١٩٦٢ ، والنص فى المادة الأولى من قانون إصداره على أن « تسرى أحكام النظام المرافق على جميع العاملين فى الشركات التى تتبع المؤسسات العامة » والنص فى الفقرة الثانية من المادة الثانية على أن « ولا تسرى القواعد والنظم الخاصة بإعانة غلاء المعيشة على العاملين بأحكام هذا النظام » والنص فى المادة ٦٤ من نظام العاملين فى الباب الخاص بأحكام انتقالية وختامية على أن « تعادل وظائف الشركة بالوظائف الواردة فى الجدول المشار إليه بالمادة السابقة خلال مدة لا تجاوز ستة شهور من تاريخ العمل بهذا القرار . ولا يترتب على حصول العامل على الأجر الذى يمنح له بالتطبيق لأحكام هذه اللائحة الإخلال بالترتيب الرياسى للوظائف طبقاً للنظام الإدارى فى كل شركة . ويصدر بهذا التعادل قرار من مجلس إدارة المؤسسة المختصة بنصاء على اقتراح مجلس إدارة الشركة . ولا يسرى هذا القرار إلا بعد التصديق عليه من المجلس التنفيذى . ويمنح العاملون المرتبات التى يحددها القرار الصادر بتسوية حالاتهم طبقاً للتعادل المنصوص عليه اعتباراً من أول السنة المالية التالية . ومع ذلك يستمر العاملون فى تقاضى مرتباتهم الحالية بما فيها إعانة الغلاء وذلك بصفة شخصية حتى تتم تسوية حالاتهم طبقاً للأحكام السابقة . على أنه بالنسبة =

يقيد بالشركات التابعة للمؤسسات العامة من تاريخ نفاذ قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه .

ثالثاً : لا تجوز تسوية حالة عامل على فئة وظيفة لم يستوف شروط شغلها المحددة بقواعد التوصيف والتقييم والتصنيف المعتمدة وفقاً لأحكام النظام الصادر به قرار رئيس الجمهورية المشار إليه فإذا عهدت الشركة إلى عامل بالقيام بأعمال وظيفة أعلى لم يستوف شروط شغلها فإنه لا يستحق بداية مربوط فئة هذه الوظيفة .

= العاملين الذين يتقاضون مرتبات تزيد على المرتبات المقررة لهم بمقتضى التعادل المشار إليه فيمنحون مرتباتهم التى يتقاضونها فعلا بصفة شخصية على أن تستهلك الزيادة مما يحصل عليه العامل فى المستقبل من البدلات أو علاوات الترقية » يدل على أن هذا القرار أوقف سريان القواعد والنظم الخاصة بإعانة الغلاء بالنسبة العاملين بالشركات التابعة المؤسسات العامة من تاريخ العمل به حتى تتم تسوية حالاتهم بمقتضى قرار التعادل المنصوص عليه فيه ومنحهم الحق فى تقاضى ما كانوا يتقاضونه من مرتبات بما فيها إعانة الغلاء ومنع الزيادة فى المرتب أو الإعانة ولم يشترط لمنعها انقضاء الأجل المحدد لصدور قرار التعادل وإنما أجاز منحهم المرتبات التى يتقاضونها زيادة على المرتبات المقررة فى التعادل ليتقاضوها بصفة شخصية على أن تستهلك من البدلات أو علاوات الترقية التى يحصلون عليها فى المستقبل حتى لا يدع مجالا للشك فى حرمانهم من الزيادة فى المرتب أو العلاوة قبل صدور قرار التعادل ويتأكد بذلك الأصل الذى وضعه بوقف هذه الزيادة من تاريخ العمل بالقرار الجمهورى . ولا وجه للتحدى بمبدأ المساواة بين جميع العاملين أو بمبادىء العدالة الخروج على الأصل الذى قرره المشرع بنص صريح » – نقض فى الطعن رقم ١٤٠ سنة ٣٥ ق (غير منشور) .

وهذا الحكم فى رأيى محل نظر فيما قرره من أن قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ أوقف سريان القواعد والنظم الخاصة بإعانة الغلاء بالنسبة العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة من تاريخ العمل به حتى تتم تسوية حالاتهم بمقتضى قرار التعادل المنصوص عليه فيه – ذلك أن أياً من نصوص المواد التى أوردها هذا الحكم ، سواء المادتين الأولى والثانية من قانون الإصدار أو المادة ٦٤ من القرار الجمهورى الصادر بلائحة نظام العاملين أو غيرها من المواد ، لم يتضمن صراحة أو دلالة ما يمكن أن يؤدى إلى ما خلص إليه الحكم فى شأن وقف القواعد الخاصة بإعانة الغلاء من تاريخ العمل بالقرار المذكور بل إن النص فى المادة ٦٤ على أنه « ومع ذلك يستمر العاملون فى تقاضى مرتباتهم الحالية بما فيها إعانة الغلاء وذلك بصفة شخصية حتى تتم تسوية حالاتهم طبقاً للأحكام السابقة » مفاده أن المشرع لم يوقف إعانة الغلاء من تاريخ العمل به على خلاف ما ذهب إليه الحكم وأنه جاء صريحاً على العكس من ذلك فى استمرار تقاضى العاملين مرتباتهم شاملة إعانة الغلاء حتى تتم تسوية حالاتهم طبقاً لأحكام التوصيف والتقييم والتعادل التى نص عليها القرار .

رابعاً : يستحق العامل بداية مربوط الفئة التى عودلت بها وظيفته دون اعتداد بما يترتب على ذلك من زيادة فى النسبة المئوية للمصاريف الإدارية للشركة .

الفصل فى طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم

٦١١ – تنص المادة ٦٩ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافذة وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من وجوه الطعن[1] . بيد أن المشرع عهد إلى المحكمة العليا الفصل فى طلبات وقف تنفيذ تلك الأحكام إذا كان تنفيذ الحكم من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة ، وأوجب عليها فى المادة ٣/٤ من قانون إنشائها إذا أمرت بوقف تنفيذ الحكم أن تتصدى للفصل فى موضوع النزاع . وبدهى أن يتوافر للمحكمة العليا هذا الاختصاص أيضاً فى حالة التحكيم فى المنازعات التى تقع بين شركات القطاع العام وبين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية إذا قبل هؤلاء الأشخاص بعد وقوع النزاع إحالته إلى التحكيم (المادة ٢/٦٠ من القانون ٦٠ لسنة ١٩٧١) وذلك لأن النص على اختصاص المحكمة العليا بالفصل فى طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم جاء مطلقاً والقاعدة أن المطلق يجرى على إطلاقه حتى يرد مايقيده . ويقدم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة العليا من النائب العام بناء على طلب الوزير المختص ، فليس للنائب العام أن يقدم الطلب من تلقاء نفسه ، كما أنه لا يملك تقدير طلب الوزير المختص ليقدمه أو لا يقدمه إلى رئيس المحكمة العليا . وتنص المادة ٢/١١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا صراحة على أنه يتعين « على النائب العام تقديم الطلب فى جميع الأحوال كلما طلب إليه ذلك الوزير المختص » . وكان حرياً بالمشرع ، وقد سلب النائب العام كل سلطة فى تقدير طلب وقف التنفيذ ، أن يخلى بين الوزير المختص وبين تقديم طلبه مباشرة إلى رئيس المحكمة العليا . ولم يبين المشرع المقصود بالوزير « المختص » ، وكان الأوفق أن يناط تقديم الطلب برئيس مجلس الوزراء أو الوزير الموكول إليه أمر الإشراف على الخطة

---

(١) كانت تنص على هذا أيضاً المادة ٧٥ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الملغى .

الاقتصادية وهو وزير التخطيط أو وزير يعهد إليه بذلك من وزراء الدولة حتى يكون معيار الضرر الذى قد يحيق بالخطة واحداً وضابط الإخلال بسير المرافق العامة واحداً كذلك ، وإلى أن يجلو المشرع قصده من « الوزير المختص » لا مندحة من التسليم بأنه هو الوزير الذى تتبعه الجهة المتضررة من تنفيذ حكم هيئة التحكيم . وبطبيعة الحال لا يتصور أن يكون للأشخاص الطبيعيين الذين يقبلون اختصاص هيئات التحكيم أن يتقدموا بطلب وقف تنفيذ الحكم الذى يصدر ضدهم والذى يعتبر بالنسبة لهم نهائياً ، كما لا يجوز فى جميع الأحوال للنائب العام أن يتقدم بطلب وقف التنفيذ إذا كان الحكم قد تم تنفيذه لانعدام الجدوى من تقديمه فى هذه الحالة ، أما إذا قدم الطلب قبل التنفيذ فإن التنفيذ يقف مؤقتاً إلى أن تقضى المحكمة فى الطلب ، فإن قضت برفضه عادت إلى الجهة الصادرة لصالحها الحكم حرية اتخاذ إجراءات تنفيذه ، أما إذا أمرت بوقف التنفيذ فإن عليها أن تتصدى للفصل فى موضوع النزاع ـ وتملك المحكمة ، بدلا من هذا وذاك ، أن تأمر بتعديل طريقة التنفيذ .

٦١٢ ـ ويجب على النائب العام تقديم طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ البدء فى تنفيذ الحكم (م ١/١١ ق ٦٦ لسنة ١٩٧٠) ويتأدى من ذلك أنه لا يجوز تقديم الطلب إلا عند البدء فى تنفيذ الحكم . وفى رأيى أن إعلان حكم هيئة التحكيم إلى الجهة الصادر ضدها مع التنبيه عليها بالوفاء بما قضى عليها به يعتبر بدءاً فى التنفيذ لما ينطوى عليه من إفصاح الجهة التى صدر الحكم لصالحها عن اعتزامها اتخاذ إجراءات تنفيذه جبراً إذا لم تقم المحكوم عليها بالوفاء اختياراً . ويثور هنا التساؤل عما عساه يكون الحال إذا اتخذت إجراءات التنفيذ فى ميعاد الستين يوماً التى أعطى القانون النائب العام خلالها حق تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة العليا ثم قدم النائب العام الطلب فى اليوم الأخير من الميعاد المحدد وبعد تمام التنفيذ . لا شك أن المحكمة تقضى فى هذه الحالة بعدم قبول الطلب شكلا لتقديمه بعد تمام التنفيذ ، وكان حرياً بالمشرع أن ينص على عدم جواز المضى فى إجراءات التنفيذ بعد إعلان الحكم قبل انقضاء الستين يوماً دون أن يقدم النائب العام خلالها طلب وقف التنفيذ ، ذلك أن المشرع لم ينص على عدم جواز التنفيذ إلا من وقت

تقديم الطلب الذى قد يتراخى إلى نهاية مدة الستين يوماً ، ولذلك لا بد من أن يبادر الوزير المختص فيطلب من النائب العام سرعة تقديم الطلب فور إعلان الحكم سند التنفيذ إلى الجهة المطلوب التنفيذ ضدها حتى يحدث الطلب أثره فى وقف التنفيذ الوقتى حتى تبت المحكمة فيه .

طبيعة طلب وقف التنفيذ المقدم إلى المحكمة العليا

٦١٣ ـ طلب وقف تنفيذ الأحكام عموماً ، وهو ما يسمى بالإشكال فى تنفيذها ، ينبغى أن يؤسس على سبب لا يمس حجية الحكم المستشكل فى تنفيذه ، فليس للمحكوم عليه أو أى شخص يعتبر الحكم حجة عليه أن يجعل قوام اعتراضه على التنفيذ سبباً سابقاً على صدور الحكم موضوع الإشكال لأن هذا السبب السابق يكون قد اندرج ضمن الدفوع فى الدعوى وأصبح فى غير استطاعة المستشكل التحدى به على خصمه سواء كان قد دفع به أم لم يدفع . وسلطة محكمة الإشكال ، تبعاً ، محدد نطاقها بطبيعة الإشكال ذاته الذى لا يرد إلا على تنفيذ حكم بطلب وقفه مؤقتاً حتى يفصل فى النزاع ، فهو نعى على التنفيذ لا على الحكم ولا يجوز فيه لذلك الاستناد إلى أمور سابقة على الحكم لما فى ذلك من إهدار لحجيته . أما طلب وقف التنفيذ الذى يقدم إلى المحكمة العليا فهو فى حقيقته وسيلة طعن فى الحكم الصادر من هيئة التحكيم لأن اختصاص المحكمة العليا عند نظر طلب وقف تنفيذه لا يقتصر على رفضه والاستمرار فى التنفيذ ، أو قبوله والأمر بوقف تنفيذ الحكم ، وإنما يتعدى ذلك إلى طريقة تنفيذه بل والتصدى للفصل فى موضوع النزاع إذا هى أمرت بوقف التنفيذ . والمحكمة العليا حين يقدم إليها طلب وقف تنفيذ حكم صادر من هيئة التحكيم على الوجه المتقدم تسلب هيئة التحكيم التى أصدرته حقها فى نظر جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذه ، ذلك الحق المنصوص عليه فى المادة ٧٠ من القانون ٦٠ لسنة ١٩٧١ والذى كانت تنص عليه المادة ٦٦ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الملغى . وإذا كانت منازعة التنفيذ معروضة على هيئة التحكيم(١)

(١) تنص المادة ٧٠ من القانون ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن ترفع جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم إلى هيئة التحكيم التى أصدرت الحكم ، وعلى هذا أيضاً كانت تنص المادة ٧٦ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ . والنص على اختصاص هيئة التحكيم بنظر جميع المنازعات المتعلقة ـ

ثم قدم النائب العام طلب وقف تنفيذ الحكم إلى رئيس المحكمة العليا تعين على هيئة التحكيم التى تنظر المنازعة فى التنفيذ أن تأمر بوقف نظر المنازعة حتى تفصل المحكمة العليا فى طلب وقف التنفيذ المقدم إليها ، فإذا أصدرت هذه الأخيرة أمرها برفض الطلب استعادت هيئة التحكيم ولايتها واستأنفت نظر المنازعة التى كانت قررت وقفها بعد تعجيلها بواسطة رافعها أو من عساه تكون له مصلحة فى استئناف نظرها من الخصوم ، ذلك أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل فى طلبات وقف تنفيذ الأحكام المشار إليها مقصور على الحالة التى يكون فيها تنفيذها من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة[1] ، ومن ثم فقضاؤها برفض الطلب

= بتنفيذ الحكم الذى أصدرته مفاده سلب اختصاص قاضى التنفيذ بنظر هذه المنازعات ، الوقتية منها والموضوعية ، ذلك الاختصاص الذى استحدثه المشرع فى قانون المرافعات القائم حين أنشأ نظام قاضى التنفيذ .

(١) حكمت المحكمة العليا فى الطلب رقم ١٢ لسنة ١ ق « تحكيم » بتاريخ أول يناير ١٩٧٢ برفضه استناداً إلى أن تنفيذ حكم هيئة التحكيم الذى قضى بفسخ عقد إيجار صادر من بنك الإسكندرية لشركة النيل العامة لأتوبيس [illegible]جه القبلى من قطعة أرض فضاء ليستعملها فرعها فى بنى سويف فى إيداع سياراته – ليس من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة وهو ما يجب أن يقدم الدليل عليه لوقف تنفيذه إعمالا لحكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا ، واستندت فى قضائها إلى كتاب صادر من وزير التخطيط إلى النائب العام – الذى كان قد استطلعه الرأى فى الطلب المقدم إليه من وزير النقل – جاء فيه أن تنفيذ الحكم لا يترتب عليه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة وأنه ليس فى دفاع الشركة ومستنداتها ما يغاير ذلك . وقضت كذلك فى ٤ مارس ١٩٧٢ برفض الطلب المقيد برقم ٤ لسنة ٢ ق « تحكيم » والمقدم من النائب العام بناء على طلب نائب رئيس الوزراء للإنتاج والتجارة ووزير الصناعة وشركة النصر للدخان والسجاير ضد رئيس مجلس مدينة طنطا لوقف تنفيذ الحكم الصادر برفض تظلم الشركة المذكورة من فرض رسوم محلية على ستة مخازن تستأجرها لتموين عملائها بمحافظة الغربية . وكانت الشركة قد استندت فى طلب وقف التنفيذ إلى أن الحكم أخطأ فى تطبيق القانون بعدم الالتفات إلى الخطأ الذى وقع فيه مجلس مدينة طنطا باستناده فى فرض الرسم إلى قرار صادر من جهة غير مختصة هى اللجنة الوزارية للخدمات وأن الحكم شابه القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع . وردت المحكمة بأن هذه الأسباب لا تصلح أساساً لطلب وقف التنفيذ أمام المحكمة العليا لأن المشرع حين استحدث هذا الطريق من طرق التظلم من أحكام هيئات التحكيم فإنه لم يطلقه بل قيده بسببين هما أن يكون من شأن تنفيذ الحكم الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة بحيث إذا لم يقم طلب وقف التنفيذ على سبب منها فقد أساسه القانونى .

لعدم قيام الدليل على أن التنفيذ سيترتب عليه الإضرار بأهداف الخطة أو الإخلال بسير المرافق العامة ليست له أدنى حجية أمام هيئة التحكيم التى تملك الأمر بوقف تنفيذ الحكم متى توافرت لديها مبررات هذا الوقف فى أوجه النعى على التنفيذ شأنها فى ذلك شأن قاضى التنفيذ حين يفصل فى منازعة تتعلق به بموجب ولايته العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٧٥ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . أما إذا أصدرت المحكمة العليا أمرها بتعديل طريقة تنفيذ الحكم أو بوقف تنفيذه وحكمت فى الموضوع فليس ثم ما يمنع من الاستشكال فى تنفيذ حكم المحكمة العليا الذى يصدر فى الحالين أمام قاضى التنفيذ صاحب الولاية العامة فى نظر منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية على السواء ، ذلك أن القانونين رقمى ٨١ لسنة ١٩٦٩ و ٦٦ لسنة ١٩٧٠ كليهما لم يحددا الجهة المختصة بنظر منازعات التنفيذ التى تثار بصدد تنفيذ حكم المحكمة العليا الذى يصدر فى الموضوع أو بتعديل طريقة التنفيذ ، كما أن هيئة التحكيم لا تختص بغير المنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم الذى تصدره وفق صريح نص المادة ٧٠ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ .

مسائل تنازع الاختصاص

٦١٤ – تختص المحكمة العليا بموجب المادة ٤/٤ من قانون إنشائها بالفصل فى مسائل تنازع الاختصاص وفق أحكام المواد ١٧ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من قانون السلطة القضائية . وتقضى المادة ١٧ من هذا القانون بأنه « إذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام جهة القضاء العادى وأمام جهة القضاء الإدارى أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائى ولم تتخل إحداهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها ، يرفع طلب تعيين الجهة المختصة إلى محكمة تنازع الاختصاص (المحكمة العليا حالياً) . وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة القضاء العادى والآخر من جهة القضاء الإدارى أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائى »[1] . وثمة صورتان لتنازع الاختصاص : التنازع الإيجابى

(١) ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء المحكمة العليا أن المشرع عهد لهذه المحكمة الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص التى كانت تنظرها محكمة التنازع المشكلة طبقاً لقانون =

Conflit positif ويكون فى حالة إصرار أكثر من محكمة على نظر نزاع واحد ، والتنازع السلبى **Conflit négatif** ، وهو الذى تتخلى فيه الجهات القضائية عن نظر النزاع قولا إنه يخرج عن اختصاصها »

مناط اختصاص المحكمة العليا

٦١٥ – يبين مما سبق أن مناط قبول طلب الفصل فى تنازع الاختصاص أمام المحكمة العليا تطبيقاً للمادة ١/١٧ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ فى شأن السلطة القضائية التى أحالت إليها المادة ٤/٤ من قانون المحكمة العليا ، أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهة القضاء العادى وأمام جهة القضاء الإدارى أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائى ولا تتخلى إحداهما عن نظرها أو تتخلى كلتاهما عنها . ويشترط فى حالة التنازع الإيجابى أن تكون الخصومة قائمة أمام كل من الجهتين المتنازعتين عند رفع الأمر إلى المحكمة العليا ، والهيئة ذات الاختصاص القضائى فى تطبيق هذه المادة هى كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل فى خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الإجراءات القضائية . كما يشترط لتطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٥ سالفة الذكر التى أحالت إليها المادة ٤/٤ من قانون المحكمة العليا وكذلك المادة ١/٣ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ فى شأن النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين أن يكون هذان الحكمان صادر أحدهما من جهة القضاء العادى والآخر من جهة القضاء الإدارى أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائى

= السلطة القضائية وذلك بنئ من الإبقاء على محكمة لنظر مسائل تنازع الاختصاص » . وكانت محكمة تنازع الاختصاص تشكل طبقاً للمادة ١٨ من قانون السلطة القضائية من رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه عند الضرورة رئيساً ومن ثلاثة من مستشارى محكمة النقض تختارهم جمعيتها العمومية سنويا ومن ثلاثة من مستشارى المحكمة الإدارية العليا تختارهم جمعيتها العمومية سنوياً . ومحكمة تنازع الاختصاص **Tribunal de conflit** لها مثيل فى التشريع الفرنسى . وتنص المادة ٣٦٣ من قانون المرافعات الفرنسى إلى جانب ذلك على دعوى تحديد الاختصاص « **Réglement de juges** إذا قام نزاع واحد أمام محكمتين أو أكثر فى جهة واحدة من جهات القضاء وقبل أن تفصل إحداها باختصاصها ، وترفع هذه الدعوى إلى المحكمة الأعلى درجة .

وأن يكون الحكمان المطلوب وقف تنفيذهما قد حسما النزاع فى موضوعه وتناقضا تناقضاً من شأنه أن يجعل تنفيذهما معاً متعذراً . فالقرار الصادر من مجلس المراجعة فى الطعن فى قرار لجنة تقدير الإيجارات ليس حكماً صادراً من جهة قضائية ، وإنما من هيئة إدارية ذات اختصاص قضائى إذ يغلب فى تشكيله العنصر الإدارى ولا يتبع الإجراءات القضائية فى نظر التظلمات التى يختص بنظرها ، فهو قرار إدارى يخضع للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة ، فإذا تناقض هذا القرار مع حكم نهائى صادر من جهة القضاء العادى حسم النزاع على الأجرة فإن هذا الحكم هو وحده القابل للتنفيذ ولا يكون ثمة تناقض بين حكمين بالمعنى الذى يقصده المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية كما ينتفى شرط التنازع على الاختصاص على تقدير قابلية القرار الإدارى الصادر من مجلس المراجعة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة كما تقدم[1] .

---

(١) أنظر حكم المحكمة العليا بتاريخ ٤ مارس ١٩٧٢ فى الطلب ٢ لسنة ٢ ق « تنازع اختصاص » – غير منشور . وتنازع الاختصاص داخل جهة قضائية واحدة لا يدخل من ثم فى ولاية المحكمة العليا . ويحكم تنازع الاختصاص فى المواد الجنائية مواد الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثانى من قانون الإجراءات الجنائية الذى تقضى المادة ٢٢٦ منه بأنه « إذا قدمت دعوى عن جريمة واحدة أو عدة جرائم مرتبطة إلى جهتين من جهات التحقيق أو الحكم تابعين لمحكمة ابتدائية واحدة وقررت كل منهما نهائياً اختصاصها وكان الاختصاص منحصراً فيهما يرفع طلب تعيين الجهة التى تفصل فيها إلى دائرة الجنح المستأنفة بالمحكمة الابتدائية » . وتنص المادة ٢٢٧ على أنه « إذا صدر حكمان بالاختصاص أو بعدم الاختصاص من جهتين تابعتين لمحكمتين ابتدائيتين أو من محكمتين من محاكم الجنايات أو من محكمة عادية ومحكمة استثنائية يرفع طلب تعيين المحكمة المختصة إلى محكمة النقض » . والمقصود بالمحاكم الاستثنائية تلك التى تنظر بعض المواد الجنائية التى تخضع أصلا للمحاكم العادية كمحاكم أمن الدولة . ومحكمة النقض هى الجهة صاحبة الولاية العامة بموجب المادة ٢٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية فى تعيين الجهة المختصة بالفصل فى الدعاوى عند قيام التنازع الإيجابى والسلبى ولو كان بين محكمتين إحداهما استثنائية والأخرى عادية ولكن يشترط ألا يكون الحكم فى الموضوع قد صدر من أيهما . والطعن فى الأحكام الموضوعية المتعارضة يخضع للقواعد العامة فى الطعون ولا يعد من قبيل تنازع الاختصاص – أنظر نقض جنائى ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ س ٨ ص ٩٩٣ . والتنازع السلبى الذى يقوم بين غرفة الاتهام والمحكمة الجزئية ينعقد الاختصاص بنظره لمحكمة النقض على أساس أنها هى الدرجة التى يطعن أمامها فى قرارات الغرفة عندما يصح الطعن قانوناً – نقض جنائى ١٦ مارس ١٩٦٤ س ١٥ ص١٩٧ . –

المبحث السابع

المحكمة الدستورية العليا

٦١٦ — قلنا إن الدستور الحالى يمثل تقدماً واضحاً فى مجال الشرعية من حيث اعتباره مبدأ سيادة القانون مبدأ دستورياً ومن حيث النص صراحة على المحكمة الدستورية مضفياً بذلك حصانة دستورية على هذا القضاء المستحدث.

وكنا قد وعدنا عند الكلام على المحكمة العليا بالإدلاء باقتراحاتنا فى شأن القانون الذى ستصدر باختصاصات المحكمة الدستورية وبيان الإجراءات التى تتبع أمامها وكيفية تشكيلها، وقبل أن نفى بما وعدنا به نلمح فى عجالة إلى الرقابة السياسية ومنحى الدول المختلفة فى الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

الرقابة السياسية على القوانين

٦١٧ — يختلف دور الرقابة السياسية عن دور الرقابة القضائية، فبينما الأولى تستهدف حماية نظام الدولة وتطوره ولو عن طريق استطلاع الإرادة الشعبية فى تغيير الدستور ذاته، لا تعدو الثانية محاولة التحقق من الشرعية القانونية من خلال الوظيفة القضائية. ودساتير الدول الاشتراكية، باستثناء يوغوسلافيا، تفضل الرقابة السياسية على القضائية، فنجد المادة ٣٢ من الدستور السوفيتى الصادر عام ١٩٣٦ تنص على أن مجلس السوفيت الأعلى

— ومحكمة النقض هى صاحبة الولاية أيضاً فى تعيين المحكمة المختصة بالفصل فى الدعاوى عند قيام التنازع بين محكمة ابتدائية وأخرى استئنافية على أساس أنها الدرجة التى يطعن أمامها فى أحكام محكمة الجنح المستأنفة عندما يصح الطعن قانوناً — نقض جنائى ٢ أكتوبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ٩٠١. والطعن المقدم من النيابة العامة فى قرار الإحالة الخاطىء بإحالة المطعون ضده إلى محكمة الأحداث يعتبر طلباً بتعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى لأنه سيقابل حتماً بحكم من محكمة الأحداث بعدم اختصاصها لما ثبت من أن سن المتهم كانت تزيد وقت ارتكابه الحادث عن خمس عشرة سنة — نقض جنائى ٧ يونيه ١٩٦٦ س ١٧ ص ٧٧٥. وواضح أن التنازع هنا بين مستشار الإحالة كجهة تحقيق وبين محكمة الأحداث كجهة قضاء وقد عدلت محكمة النقض بذلك عن قضائها السابق الذى كان يحتم لقيام التنازع صدور حكمين متعارضين فعلا — انظر نقض جنائى ١٢ أكتوبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٧٩٠.

هو الذى يمارس الوظيفة التشريعية، كما تنص المادة ٤٩ ب على أنه هو الذى يختص بتفسير قوانين الاتحاد السوفيتى وإصدار المراسيم بقوانين. وتقضى الفقرة هو من ذات المادة بأن مجلس السوفيت الأعلى يلغى القرارات والأوامر التى تصدرها مجالس قوميسارية الشعب فى الاتحاد السوفيتى وفى الجمهوريات الاتحادية إذا تعارضت مع القانون. ونجد دستور ألمانيا الديمقراطية يعهد بالرقابة السياسية، لا إلى المجلس الشعبى ذاته كما فعل الدستور السوفيتى، وإنما إلى جهاز آخر بناء على تكليف منه إذ تنص المادة ٧١ من الدستور الصادر عام ١٩٦٨ على أن «ينظم مجلس الدولة عن طريق إصدار مراسيم جميع المهام الأساسية الناتجة عن قوانين وقرارات مجلس الشعب المصادقة عليها. وتعتبر قرارات ومراسيم مجلس الدولة ملزمة قانوناً ويقوم مجلس الدولة بتفسير الدستور والقوانين بصورة ملزمة إذا لم يتم ذلك من قبل مجلس الشعب نفسه». ومجلس الدولة فى دستور ألمانيا الديمقراطية هو الجهاز الذى يتولى مقاليد الحكم فى الدولة ويتكون من رئيس مجلس الدولة وهو بمثابة رئيس الجمهورية ومن نوابه والأعضاء والسكرتير. وهو يقوم بموجب المادة ٧٤ من الدستور، وبتكليف من مجلس الشعب، بالإشراف على دستورية وقانونية أعمال المحكمة العليا والمدعى العام. وتعتبر المحكمة العليا مسئولة أمام مجلس الشعب وأمام مجلس الدولة فى الفترات الواقعة بين اجتماعات مجلس الشعب. أما دستور رومانيا فإنه يجعل الرقابة السياسية من اختصاص لجنة غالبيتها من أعضاء المجلس الشعبى ويشترك فيها بعض المتخصصين من خارجه من أعضاء المحكمة العليا وأساتذة القانون. أما الدساتير الغربية: فقد عهد دستور فرنسا الصادر عام ١٧٩٩ بالرقابة السياسية إلى مجلس الشيوخ، بينما يعهد بها دستورها الحالى الصادر عام ١٩٥٧ إلى مجلس دستورى يشترك فى تعيين أعضائه كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، وتعرض عليه القوانين الأساسية قبل إصدارها ليقرر مدى مطابقتها للدستور. أما انجلترا فإنها لا تجيز للمحاكم أن تتصدى للحكم على قانون أصدره ممثلو الشعب وأن تنفرد بتقدير مخالفته للدستور لأن ذلك يعنى إخضاع إرادة الشعب لسلطة تقديرية للقضاة، وفى أمريكا لم تنل المحكمة العليا الأمريكية ما نالته

من هيبة ومكانة فى نفوس الشعب الأمريكى بحكمتها واعتدالها وتراجعها عن التصدى للمشاكل الدقيقة الحساسة ، وإنما نالت ذلك كله بإقدامها ومواقفها المشهودة فى الدفاع عن سيادة القانون(١) .

الرقابة السياسية فى مصر

٦١٨ — يستطيع الاتحاد الاشتراكى عندنا أن يباشر الرقابة السياسية على مشروعات القوانين عن طريق تطلب عرضها عليه قبل إقرارها من مجلس الشعب ، وهو ما يسمى بالرقابة السياسية السابقة ، فقد جاء بين أهدافه التى أوردها قانونه الصادر فى ٨ ديسمبر ١٩٦٢ « إن الاتحاد الاشتراكى العربى يقوم بالعمل القيادى والتوجيهى وبالرقابة التى يمارسها باسم الشعب ، بينما يقوم مجلس الأمة بتنفيذ السياسة التى يرسمها الاتحاد الاشتراكى »(٢) . ويؤكد حق الاتحاد الاشتراكى فى الرقابة السابقة على القوانين أن أعضاءه يجتمعون فى صورة هيئة برلمانية له لمناقشة ما يطرحه من موضوعات .

٦١٩ — أما الرقابة السياسية اللاحقة فيمارسها رئيس الجمهورية عن طريق الاعتراض على القوانين ، وتقضى المادة ١١٣ من دستورنا الصادر عام ١٩٧١ بأنه « إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر . وإذا رد فى الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثى أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر » . فحق

---

(١) أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ص ٦٢٢ وهو يقول « إن زوار مدينة واشنجطن إذ يحجون إلى محكمتهم العليا مصطحبين معهم أطفالهم الصغار إنما يفعلون ذلك لعلمهم أن تلك الساحة حرم آمن تصان فيه الحقوق والحريات وتعلو كلمة القانون على كل كلمة مهما بلغت سطوتها ونفوذها » .

(٢) وتنص المادة ١٣ / ١ من قانون الاتحاد الاشتراكى على أن يعتبر المؤتمر القومى العام أعلى سلطة بالاتحاد الاشتراكى العربى ويختص بدراسة سياسة الاتحاد وخططه العامة وإصدارها . ويقول الميثاق « إن المفاهيم الثورية الجديدة الديمقراطية لا بد لها أن تفرض نفسها على الحدود التى تؤثر فى تكوين المواطن وفى مقدمتها التعليم والقوانين واللوائح الإدارية » ويقول « إن الحاجة ماسة إلى خلق جهاز سياسى جديد داخل إطار الاتحاد الاشتراكى يجند العناصر الصالحة للقيادة وينظم جهودها ويبلور الحوافز الثورية للجماهير ويتحسس احتياجاتها ويساعد على إيجاد الحلول الصحيحة لهذه الاحتياجات » .

الاعتراض **Droit de veto** ليس حقاً تشريعياً لرئيس الجمهورية وإنما هو حق منع محدود **Faculté d'empêcher** لا تتحقق به الرقابة الكاملة لأن مجلس الشعب يملك إصدار القانون المعترض عليه بإقراره ثانية بأغلبية ثلثى أعضائه .

الرقابة القضائية على القوانين فى مصر

٦٢٠ — مر بنا كيف تمارس محكمتنا العليا رقابتها على القوانين ، وقد نص الدستور على أن تظل هذه المحكمة تمارس اختصاصاتها المبينة فى القانون الصادر بإنشائها حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا طبقاً للقانون الذى يصدر بتنظيم كيفية تشكيلها وبين الشروط الواجب توافرها فى أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم . وأسارع هنا إلى التأكيد على ضرورة أن يجىء قانون إنشاء المحكمة الدستورية خلواً من نص يوقت مدة عضوية رئيسها ونوابه والمستشارين وهو ما تضمنته المادة ٥/٧ من قانون إنشاء المحكمة العليا حين جعلت مدة العضوية فى تلك المحكمة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لمنافاة تأقيت مدة العضوية للاستقلال الواجب توافره للمحكمة الدستورية التى أورد الدستور فى المادة ١٧٧ منه أن أعضاءها غير قابلين للعزل . كذلك ، وتوفيراً لأكبر قدر من الضمانات لها ، يتعين النص فى القانون على أن تتمتع المحكمة باستقلال فى إدارتها وميزانيتها(١) .

---

(١) يكاد ينعقد الإجماع فى الدول التى تأخذ بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أن القضاء الدستورى يعتبر عضواً دستورياً شأنه شأن أجهزة السلطة والحكم ، ويعتبر مستشارو المحكمة الاتحادية العليا فى ألمانيا فى وضع دستورى متميز عن سائر رجال القضاء — أنظر مقالا الدكتور محمد عصفور فى جريدة الأهرام بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧١ بعنوان « نحو تنظيم جديد لرقابة دستورية القوانين » . وكانت المحاكم عندنا قد فرضت حقها فى رقابة دستورية القوانين **La garantie juridictionnelle de la justice Constitutionnelle** على الرغم من خلو الدساتير والتشريعات من إضفاء حق الرقابة عليها — أنظر على سبيل المثال نقض جنائى فى ٢١ فبراير ١٩٥٦ و ٦ مارس ١٩٥٦ س ٢١٩ و ٢٩٧ وفى ٣٠ مارس ١٩٥٩ س ١٠ ص ٣٧٧ و ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ س ١٧ ص ١١٦٨ و ٩ أكتوبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ٩٤٦ و ٢٩ يناير ١٩٦٨ س ١٩ ص ١١٥ و ١٧ مارس ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٣٢٧ . وفى القضاء المدنى أنظر نقض ١٢ يونيه ١٩٥٨ س ٩ ص ٥٥٠ و ٢١ مايو ١٩٥٩ س ١٠ ص ٤٤١ و ٨ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٤٣ و ٥ مارس =

٦٢١ — وقد أحسن الدستور صنعاً إذ نص فى المادة ١٧٥ على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، إذ حسم بهذا النص النزاع الذى أثير أمام محكمتنا العليا فى شأن اختصاصها بنظر اللوائح نتيجة قصر اختصاصها على الفصل فى دستورية القوانين فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون إنشائها ، فجاء الدستور قاطعاً فى أن اختصاص القضاء الدستورى يتسع لرقابة اللوائح بجانب اختصاصه الأصيل فى رقابة القوانين . ويحسن ، تبعاً ، أن ينص قانون المحكمة الدستورية العليا صراحة على اختصاصها بالرقابة القضائية على دستورية القرارات بقوانين التى أغفلتها المادة ١٧٥ من الدستور لأنها وإن كانت لا تعدو أن تكون نوعاً من اللوائح إلا أن الدستور نص على « قرارات تكون لها قوة القانون » فى المادتين ١٠٨ و ١٤٧ مما قد يحمل على القول بأن لكل من « القوانين » و « القرارات بقوانين » و « اللوائح » مفهوماً محدداً متمايزاً وأن إغفال النص فى المادة ١٧٥ ، التى تكلمت عن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا ، على القرارات بقوانين إنما جاء عن عمد بهدف إخراجها من رقابة تلك المحكمة وهو ما لا نعتقد أن المشرع قصد إليه اعتباراً بأن رقابة دستورية القوانين إنما تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه وهو ما لا يتحقق إلا إذا انبسطت رقابة القضاء الدستورى على التشريعات كافة على اختلاف

= ١٩٦٨ س ١٩ ص ٥٠١ . وقد أثار موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين اهتمام المؤتمر الدولى العام المنعقد فى باريس فى ٢٠ أكتوبر ١٩٢٨ وذهب عديد من الفقهاء إلى أن يترك للمحاكم العادية وحدها النظر فى دستورية القوانين فى صورة دفع وعارضوا إنشاء محكمة دستورية خاصة وقال فى ذلك السيد ديجى إن تخصيص محكمة خاصة للدستورية من شأنه أن يخرجها من وظيفتها القضائية إلى هيئة سياسية .

ولعل أول تأصيل لحق القضاء فى مراقبة دستورية القوانين هو حكم المحكمة الاتحادية العليا فى الولايات المتحدة عام ١٨٠٣ فى قضية **Marbury** ضد **Madison** فقد أرست المحكمة هذا الحق بقولها « إن القاضى وهو يطبق القانون يتعين عليه بادىء ذى بدء أن يتحقق من أن هذا القانون يتفق والدستور الذى يمثل إرادة الشعب صاحب السلطة العليا ، ولا يتعدى القضاء حدود وظيفته فى ذلك ، فهو إنما يطبق بذلك القانون — انظر

Gidel, Droit constitutionnel comparé, cours de doctorat, 1926 p. 129.

أنواعها سواء أكانت أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أم فرعية صادرة من السلطة التنفيذية ، بل إن مظنة الخروج على أحكام الدستور — كما قالت محكمتنا العليا بحق — أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص فى جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التى تمثل الكثرة من التشريعات . وبهذه المناسبة لم تعد حاجة بالقانون الذى يصدر بإنشاء المحكمة الدستورية لأن يحسم أمراً هو الآن — فى رأينا — محل خلاف وهو الحد الفاصل بين اختصاص مجلس الدولة — بهيئة قضاء إدارى — بنظر اللوائح وهى قرارات إدارية بحسب مصدرها ، واختصاص المحكمة الدستورية فى هذا الصدد ، ذلك أن هذا الأمر قد انحسم بالنص فى الدستور على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا « دون غيرها » الرقابة القضائية على دستورية اللوائح مما يمتنع معه على جهات القضاء الأخرى مشاركتها فى تلك الرقابة . ولا يرد على ذلك بأن الدستور أحال فى بيان اختصاص المحكمة الدستورية فى هذا الشأن إلى القانون ، ذلك أن إسناد القانون الرقابة على دستورية اللوائح إلى القضاء الإدارى يتعارض مع نص المادة ١٧٥ من الدستور الذى ناط بالمحكمة الدستورية « دون غيرها » الرقابة على اللوائح كافة دون تخصيص . وكنت أود أن تقتصر رقابة المحكمة الدستورية على أنواع معينة من اللوائح ، كالقرارات بالقوانين بناء على تفويض أو فى حالات الضرورة ، فإنه ليس من السائغ أن تحجب القضاء الإدارى عن رقابة اللوائح الأخرى مثل لوائح البوليس واللوائح التنفيذية .

٦٢٢ — هذا ولا يجيز المشرع المصرى رفع دعوى دستورية أصلية **Voie d'action** وإنما يقصر حق الطعن فى دستورية القانون على أسلوب الدفع **Voie d'exception** الذى يعيبه أنه لا يكون من سبيل للطعن فى دستورية قانون ما إلا إذا قامت منازعة أمام جهة قضائية يتطلب الفصل فيها تطبيق هذا القانون عليها ، ويثار بهذه المناسبة الطعن بعدم الدستورية ، وبهذا يمكن أن يستمر قائماً قانون غير دستورى ما دام لم تقم منازعة يتطلب حسمها تطبيقه أو قامت ولم يدفع أحد الخصوم بعدم الدستورية ، ومن ثم فإنه من الأوفق أن يأخذ المشرع المصرى بطريق الطعن بالدعوى الأصلية إلى جانب الطعن بعدم الدستورية بطريق الدفع . وأن تكون الدعوى الأصلية

بغير رسوم تحقيقاً لمشاركة فعالة من جانب المواطنين فى إلزام المشرع حدود الدستور (١) ، وأن يخول القانون محكمة الموضوع ذاتها سلطة الإحالة على المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها وبدون دفع على غرار ما هو متبع فى النظام الإيطالى (٢) حتى لا يستطيل فى الوجود بقاء قانون غير دستورى تتولد فى ظله مراكز قانونية عديدة يزعزعها الحكم الذى يصدر بعد ذلك بعدم دستوريته ، وهو ما يبدو بالغ الخطر فى المسائل الجنائية إذ يجد القاضى نفسه مرغماً على إدانة المتهم بموجب قانون غير دستورى لمجرد أن الخصوم لم يدفعوا بذلك .

٦٢٣ – وأخيراً فإننا نرى ضرورة النص فى القانون الجديد على أن تكون حجية الحكم الذى يصدر بعدم الدستورية كاملة بحيث تنسحب على الماضى تحقيقاً لأقصى حد للشرعية ، وأن يقتصر اختصاص المحكمة الدستورية على الرقابة القضائية على الدستورية وتفسير النصوص التشريعية دون النظر فى طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم التى يمكن إسناد الفصل فيها إلى محاكم الاستئناف تبت فيها على ضوء ما تقدره من أهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة ، ودون النظر أيضاً فى مسائل تنازع الاختصاص حتى يتفرغ القضاء الدستورى لاختصاصه الأصيل (٣) .

(١) ولا يقال إن اتباع أسلوب الدعوى الأصلية من شأنه أن يغرق المحكمة الدستورية بسيل من الدعاوى غير الجدية التى تحركها روح الكيد فى الخصومة وعدم تقدير المسئولية ، ذلك أنه ليس من شأن إساءة استخدام المواطنين لحق أصيل كحق التقاضى فى شأن دستورية أو عدم دستورية القوانين ، حرمانهم بصفة مطلقة من هذا الحق .

(٢) وبذلك تضطلع المحكمة الدستورية – كحارسة الدستور – بمهمتها دون إبطاء ودون انتظار مرور الخصومة الدستورية « بصالة الانتظار » Salle d'attente على نحو ما يقول الشراح الإيطاليون متهكمين على ضرورة قيام منازعة أمام القضاء العادى لإمكان اتصال الخصومة بالمحكمة الدستورية .

(٣) من مفاخر المحكمة العليا الليبية حكمها فى طعن أحد رجال القضاء الذين عزلتهم الحكومة الليبية بموجب مرسوم بقانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية وهو مماثل عندنا القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ إذ قررت ما يلى « إن هذا المرسوم . . صدر بهدف إرهاب القضاة وإفهامهم أن سلطة الرزق والمن بلقمة العيش فى يد تحالف قوى السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وإذ صدر فى غيبة البرلمان فإنه يكون فى حقيقته قراراً صادراً من السلطة التنفيذية مغتصباً حقوق السلطة التشريعية فى غفلة ظاهرة . . تحقيقاً لما أراده ذوو السلطان من إعادة تعيين وإعادة تشكيل وتشريد ونقل . . . » وانتهت المحكمة إلى القضاء بعدم دستورية المرسوم فيما –

هذا ونحيل فيما عدا ذلك على اقتراحاتنا التى أوردناها عند كلامنا عن المحكمة العليا بخصوص عدد أعضائها وتنظيم كيفية المفوضين أمامها ودفع النيابة العامة بعدم الدستورية وإجراءاته وغير ذلك مما لا نرى داعياً لتكراره .

المبحث الثامن

أوضاع مخالفة القاعدة القانونية

٦٢٤ – تتخذ مخالفة القاعدة القانونية فى العمل أوضاعاً ثلاثة ، أشار إليها حكم مجلس الدولة المصرى (١) حين قال إن مدلول مخالفة القوانين واللوائح يشمل كل مخالفة للقاعدة القانونية بمعناها الواسع ، فيدخل فى ذلك : أولا – مخالفة نصوص القوانين واللوائح . وثانياً – الخطأ فى تفسير القوانين واللوائح

– قضى به من إهدار لحصانة القضاة – مجلة المحكمة العليا الليبية س ٧ ع ١ ص ٩ – ٢٦ . وفى اليونان عزلت الحكومة العسكرية الحالية القضاة فطعنوا على قرار العزل وألغى القضاء القرار ونزلت الحكومة على حكم القضاء . وفى الأرجنتين أصدرت الحكومة فى ٢٤ يوليو ١٩٦٨ قانوناً أجاز لها التدخل فى أعمال السلطة القضائية فاستقال فى اليوم التالى جميع أعضاء المحكمة العليا احتجاجاً على هذا الاعتداء الصارخ على استقلال القضاء – مجلة اللجنة الدولية لرجال القضاء « العدوان على السلطة القضائية بالأرجنتين » سبتمبر ١٩٦٨ ص ١٥ – ١٧ . وفى فرنسا عزلت الحكومة منذ زمن بعيد المستشار الأول لمجلس الدولة وكان لا يتمتع بالحصانة ونصبت نائبه خلفاً له فطعن المستشار المعزول فى قرار عزله أمام ذات المجلس فقضى برياسة المستشار الجديد بإلغاء القرار وما ترتب عليه من آثار بما فيها إلغاء ترقية المستشار الجديد نفسه ، واستأنف المجلس نظر القضايا الأخرى برياسة المستشار الذى صدر الحكم بإلغاء قرار عزله .

وبهذه المناسبة أشير إلى ما سبق أن ذكرت من أن مجلس الدولة الفرنسى قرر أن عدول القضاء عن تفسير معين كان يعتنقه يؤدى إلى فتح مدة جديدة للطعن فى القرارات التى صدرت فى ظل التفسير الأول لاحتمال عدم طعن الأفراد فيها احتراماً لقضاء مجلس الدولة . وبهذا يكون مجلس الدولة قد ساوى بين تغير القضاء وتغير التشريع وجعل أحكامه والمبادىء التى تخلقها تلك الأحكام فى منزلة التشريع . وعلى هذا فإن قضاء المحكمة العليا عندنا بعدم دستورية التشريعات المانعة من التقاضى بعد استقرار قضاء المحكمة الإدارية العليا على دستوريتها ولا سيما ما تعلق منها بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبى ، يفتح مدة جديدة للطعن فى القرارات التى صدرت فى ظل تلك الأحكام وأرى أن سريان هذه المدة يبدأ من تاريخ نشر حكم المحكمة العليا فى الجريدة الرسمية إذ بهذا النشر وحده يتحقق علم الكافة به .

(١) ١٤ إبريل ١٩٤٨ س ٢ ص ٥٢٨ .

أو فى تطبيقها ، وهو ما يعبر عنه رجال الفقه الإدارى بالخطأ القانونى . وثالثاً — الخطأ فى تطبيق القوانين واللوائح التى بنى عليها القرار الإدارى . وهو ما يعبر عنه بالخطأ فى تقدير الوقائع . ونتناول هذه الحالات بالتفصيل فى مطالب ثلاثة .

المطلب الأول

المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية

٦٢٥ — ليس على طالب الإلغاء هنا إلا أن يثبت قيام القاعدة القانونية التى يستند إليها ، وأن الإدارة قد تجاهلت هذه القاعدة تجاهلا كلياً أو جزئياً ، فأتت عملا تحرمه تلك القاعدة أو امتنعت عن القيام بعمل توجبه . ويكون النزاع هنا غالباً حول وجود القاعدة القانونية ، كمنازعة الإدارة فى وجود عرف قانونى يتمسك به أحد الأفراد ، أو فى رجعية يدعى بها ، أو إلغاء جزئى للقاعدة القانونية ، ذلك أن القرار الإدارى تحكم مشروعيته القواعد النافذة وقت صدوره ، مع مراعاة التدرج فى تلك القواعد ، وخضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى ، وبشرط أن تكون تلك القواعد نافذة فى حق الأفراد[1] . وتصبح مهمة القضاء الإدارى محصورة فى تحديد القاعدة

(١) حددت المحكمة الإدارية العليا هذه القواعد فى حكمها الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٥٨ س ٣ ص ١٦٩١ حيث قررت « . . والمراد بالقانون هو بمفهومه العام ، أى كل قاعدة عامة مجردة أياً كان مصدرها ، سواء أكان هذا المصدر نصاً دستورياً أم تشريعياً تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك ، أم قراراً إدارياً تنظيمياً ، وسواء أكان القرار الإدارى التنظيمى صدر فى شكل قرار جمهورى أم قرار وزارى من يملكه ، أم كان قد صدر فيما سبق بمرسوم أو بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار وزارى ، يطبق القضاء كل القواعد التنظيمية العامة المجردة على اختلاف ما بينها فى المصدر ، وعلى تفاوت ما بينها فى المرتبة ، ولكن بمراعاة أن القانون يشوبه عدم الدستورية إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه ، بينما يشوب القرار الإدارى العام عيب عدم المشروعية إذا خالف قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة . فإذا تزاحمت فى التطبيق هذه التشريعات أو التنظيمات جميعاً وقام بينها التعارض وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى فى المرتبة ، فيغلب الدستور على القانون ، ويغلب القانون على القرار الإدارى أياً كانت مرتبته ، ويغلب القرار الإدارى العام الأعلى مرتبة على ما هو أدنى منه مرتبة ، وذلك لأن المناط فى الفصل عند التعارض هو أن الأعلى يسود الأدنى » .

وأجبة التطبيق . وبالنظر إلى التطور السريع للتشريع فى الوقت الحالى ، فإن معظم تطبيقات هذه الصور من صور مخالفة القانون ، تتعلق بالجهل بالنافذ والملغى من الأحكام القديمة ، نتيجة لصدور تشريع جديد[1] .

(١) ومثال ذلك صدور القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ وما تضمنه فى صلبه من عقوبات تأديبية توقع على الموظفين الخاضعين لأحكامه ، فقد صدر بعده القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية ، ونسخ بعض الأحكام الواردة فى القانون ٢١٠ لسنة ١٩٥١ والمتعلقة بالتأديب . وأخيراً صدر القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الذى ألغى القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ (وقد ألغى أولهما مؤخراً بالقرار بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بإصدار نظام المدنيين العاملين بالدولة) وتضمن فى صلبه مرة أخرى العقوبات التى يجوز توقيعها على المدنيين العاملين بالدولة والخاضعين لأحكامه . فثار لبس حول مدى نفاذ الأحكام الواردة فى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ، حسمته المحكمة الإدارية العليا ، بحكمها الصادر فى ١٥ مايو ١٩٦٥ مجموعة أبو شادى ص ٦٦٩ حين قررت « ومن حيث إن القانون الأخير (قانون العاملين المدنيين) قد حدد فى المادة ٦١ منه الجزاءات التأديبية التى يجوز توقيعها على العاملين شاغلى الدرجات دون الثالثة فى ستة بنود (بدءاً بأخفها وطأة) وهى : ١ — الإنذار . ٢ — الخصم من المرتب لمدة لا تجاوز شهرين فى السنة . ٣ — تأجيل موعد استحقاق العلاوة لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر . ٤ — الحرمان من العلاوة . ٥ — الوقف عن العمل بغير مرتب أو بمرتب مخفض لمدة لا تجاوز ستة شهور . ٦ — الفصل من الوظيفة . وبذلك يكون القانون قد ألغى ثلاثة جزاءات كان يجوز توقيعها وفقاً لأحكام القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ وهى : ١ — خفض المرتب . ٢ خفض الدرجة . ٣ — خفض المرتب والدرجة .

« ومن حيث إنه لا محل القول بأن الجزاءات الثلاثة المذكورة لا زالت قائمة ويجوز توقيعها على العاملين المدنيين بالدولة لورود النص عليها فى المادة ٣١ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ، ذلك أنه بالإضافة إلى أن القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ قد أشار فى ديباجته إلى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ وقضى فى مادته الثانية بأن يلغى كل حكم يخالف أحكامه ، فإن المادة الثانية من القانون المدنى إذ قضت بأنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » ، إنما قصدت فى ضوء المذكرة التفسيرية لذلك القانون إلى تقرير صورتين للنسخ التشريعى ، وهما النسخ الصريح والنسخ الضمنى ، وأن النسخ الضمنى صورتين : فإما أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تماماً مع نص التشريع القديم ، وفى هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التى يتحقق فيها التعارض ، وإما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيماً كاملا وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلا إذا تعلق التعارض بين التشريع السابق والتشريع اللاحق بالمبدأ الذى أسس عليه التشريع السابق . وفى غير هذه —

مخالفة القانون وانحراف السلطة

٦٢٦ – وقد سهل من أمر التوسع فى مبدأ مخالفة القانون أن من بين حالات إلغاء القرارات الإدارية ، حالة انحراف السلطة التى هى فى الحقيقة مخالفة الحدود المفروضة – ضمناً – بواسطة التشريع على السلطة التقديرية منظوراً إليها من حيث الهدف الذى يهدُ القرار إلى تحقيقه ، وهو ما يدل على أن المشرع لا يرضى ، من حيث المبدأ ، بأن يفلت استعمال السلطة التقديرية من كل رقابة قضائية . والقواعد القانونية التى تعين حدود السلطة التقديرية إنما تنتمى إلى فئة المبادئ العامة التى لم تتقرر صراحة بتشريع ولكن تستخلص عن طريق التفسير لنصوص أو روح التشريعات الإدارية عامة ، فالعمل التقديرى لا يمكن أن يعفى – شأنه شان أى عمل إدارى – من الالتزام بحدود القانون ، الضيقة أو الواسعة حسب الظروف ، ولا ينبغى أن يدخل أبداً فى المجال التعسفى . إن تجاوز هذه الحدود هو مخالفة للتشريع ذاته ، وهكذا فإن مبدأ الشرعية يساعدنا على إكمال نقص القوانين المانحة للسلطة التقديرية ويصبح مصدراً للقيود المفروضة على وجه الاستمرار بواسطة القضاء[1] . ويقول

= الحالة لا يتناول النسخ إلا النصوص التى تتعارض تعارضاً مطلقاً مع نصوص التشريع الجديد » . وبتطبيق هذه المبادىء على الحالة المعروضة قالت المحكمة « وكانت المادة ٦١ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ قد تضمنت فى شأن العاملين المدنيين بالدولة أحكاماً خاصة بالجزاءات التى يجوز توقيعها عليهم تتعارض مع أحكام المادة ٣١ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ، فإن هذه المادة الأخيرة تعتبر منسوخة فى الحدود التى يتحقق فيها التعارض بين حكمها وحكم المادة ٦١ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ ، ومن ثم لا يسوغ الاستناد إليها للقول بأنه يجوز توقيع جزاءات خفض المرتب وخفض الدرجة على العاملين المدنيين بالدولة الخاضعين لهذا القانون » .

هذا ويندرج تحت صورة المخالفة المباشرة للقانون ، امتناع الإدارة بصفة آلية وبغير ما سبب مشروع عن تنفيذ قانون من القوانين – أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٤ يوليه ١٩٣٦ فى قضية **Syndicat de défense des grands vins de la Côte d'or** دالوز ١٩٣٧ القسم الثالث ص ٤١ .

(١) انظر ميشيل د. ستاسينوبولس ، الوسيط فى الأعمال الإدارية ١٩٥٤ ص ١٧٣ و ١٧٤ وهاك نص عباراته : **"... tout acte administratif doit être conforme à la loi. L'acte discrétionnaire ne saurait être exempt de cette obligation et ne peut donc dépasser les limites de la loi restreintes ou élargies selon les circonstances ... Le Principe constitutionnel selon lequel l'acte administratif est soumis à la loi nous oblige à rechercher les limites fixées par celle — ci, même si elles ne sont pas imposées d'une manière formelle. Dépasser ces limites, c'est violer la loi elle-même. Ainsi le principe de la légalité nous sert à compléter les lois qui accordent le pouvoir discrétionnaire et devient la source des restrictions imposées, de manière constante, par la jurisprudence".**

بنوا إن السلطة الإدارية عند ما تتصرف دون سند من النصوص أو عند ما تخالف نصاً محدداً أو أحد المبادئ العامة للقانون العام ، التى يسوى القضاء بينها وبين التشريع ، فإن مخالفتها للقانون فى هذه الحالات تقترب من عيب عدم الاختصاص ويمكن فى النهاية أن تختلط به عند ما لا يجد قرارها أى تبرير ولو جزئى فى نص يخولها اختصاصاً فى إصداره . ومن هنا يكتفى القضاء الإدارى بتقرير أن مثل هذا القرار ينطوى على « مجاوزة السلطة » دون تحديد ما إذا كان هناك « عيب عدم اختصاص » أو خطأ فى القانون[1] » .

وقد توسعت المحاكم الإدارية الألمانية فى مبدأ مخالفة القانون ليمتد إلى إلى انحراف السلطة التقديرية رغم أن القانون لا يسمح صراحة بمثل هذه الرقابة[2] .

وهذا الفقيه يستطرد قائلا « علينا أن نسلم بأن القواعد التى تعين حدود السلطة التقديرية هى قوانين بمعنى الكلمة تستتبع مخالفتها ، ليس فقط المسئولية التأديبية للموظف ، ولكن أيضاً بطلان عمله . فلنفترض مثلا أن القانون ينص على أن ترقيات الموظفين التى تتم بالاختيار يجب أن تكون مسببة ، فهذه قاعدة تنشىء قيداً على السلطة التقديرية . هذه القاعدة لا تتعلق فقط بالهيئة المختصة بإجراء الترقيات ولكن أيضاً بأصحاب الشأن الذين يستطيعون طلب إلغاء ترقية قد تكون مجردة من أسباب صحيحة عن طريق تحرك الرقابة القضائية على استعمال السلطة التقديرية » .

(١) انظر **Bénoit, Francis-Paul. Le droit Administratif français, Paris, Daloz 1968 p. 548 — 549 "... Ceci ne peut surprendre si l'on songe à l'unité du problème compétence-acte, et l'on comprend pourquoi, sagemen les juges administratifs se bornent à déclarer que telle décision entachée est "d'excès de pouvoir" sans spécifier s'il s'agit d'incompétence ou d'erreur de droit".**

(٢) انظر **Jellenik, Gesetz** ص ٢٢٤–٢٣٤ – **Verw. R** ص ٣٧– **Walz, Grenzen** فى **Desfrein Ermessens D. Jur. Zeitung** ١٩٢٧ ص ١٩٥ وكلها مشار إليها فى : **Michel. D. Stassinopoulos, Traité des actes administratifs,** الفصل المعنون **Justification du contrôle du pouvoir discrétionnaire.**

مخالفة القانون فى قرار السحب

٦٢٧ — إذا وجدت الإدارة أنها تجاهلت بعض قواعد القانون التى كان من الواجب عليها مراعاتها والالتزام بها ، فإنها تقوم بالرجوع فيا أصدرته من قرارات ، وذلك بمحو القرار الذى تبينت فيا بعد عدم ملاءمته ، أو سحب القرار الإدارى الذى يتضح لها بعد ذلك مخالفته لمبدأ الشرعية . ونظرية سحب القرارات الإدارية ، شأنها شأن معظم نظريات القانون الإدارى ، نظرية قضائية ، اضطر إليها القضاء الإدارى . فالقرار الإدارى المخالف للقانون يحتمل إلغاؤه قضائياً لتجاوز السلطة ، لذلك يجوز للإدارة سحبه ما بقى ممكناً ، وذلك لأنه ما دام القرار يكون عرضة للإلغاء القضائى فى خلال المدة المحددة للطعن ثم يستقر نهائياً بعد ذلك ، فإن النتيجة الحتمية هى أن يسمح للإدارة بسحب قراراتها فى الميعاد المحدد للطعن فى ذلك القرار ممن لهم مصلحة فى ذلك (١) . وقد قضى مجلس الدولة المصرى بأن الشارع « أقام إلى جانب هذا الطريق القضائى (أى الطعن فى القرارات الإدارية بدعوى الإلغاء) حق التظلم إلى السلطة الإدارية لترجع عن قرارها ، فتكفى الطاعن مؤونة التقاضى فى شأنه »(٢) .

٦٢٨ — ولا يستتبع القول بأن السحب وسيلة لتفادى الإلغاء القضائى أنه يجب لإمكان السحب أن يكون القرار مهدداً بإلغاء قضائى ، وإن كان الأستاذ فالين قد قال بذلك ، فهو يذهب إلى أن سحب الإدارة للقرار يكون ممكناً إذا كان وسيلة لتجنب إلغائه قضائياً ، وأنه يجب لإمكان السحب أن يكون القرار مهدداً بإلغاء قضائى ، وأنه يكون كذلك إذا كان ميعاد الطعن مفتوحاً أو كان الطعن قد رفع فعلا(٣) . بيد أن هذا الرأى يقوم على حجة

(١) المستشار عبده محرم فى « سحب القرارات الإدارية الفردية » مجلة مجلس الدولة س ١ ص ١٠٩ .

(٢) ٤ نوفمبر ١٩٤٧ س ٢ ص ٢٩ .

(٣) Waline : Traité élémentaire de droit administratif 1950, 6 éme édition, 4 og : "Le retrait d' un acte que l'administration reconnaît elle-même illégale est donc possible quand il permet d'éviter une annulation pour excès de pouvoir. Il faut qu' il y ait danger d'annulation, le danger doit résulter :

داحضة ، ذلك أن جواز سحب الإدارة القرار الإدارى لا يستند إلى توفير إجراءات التقاضى ومصروفاته على الإدارة فى دعوى خاسرة فحسب ، بل هو إجراء يقصد به إلى احترام حكم القانون بالقدر الذى يمكن التوفيق فيه بين الاحترام وبين استقرار الأوضاع التى ترتبت على هذا القرار الإدارى ، وأن فترة الطعن القضائى إنما اعتبرت فترة يكسب القرار الإدارى بعد انقضائها حصانة تحميه من السحب ، لا لأن القرار قد صدر ضاراً بشخص يكون له فى هذه الفترة حق الطعن فيه فقط ، ولكن لأن المشرع اعتبر انقضاء هذه الفترة زمناً لاستقرار الحقوق التى نشأت من القرارات الإدارية وأكسبها حصانة ضد الطعن القضائى(١) .

٦٢٩ — ولا تتقيد الإدارة فى السحب بحدود الطعن القضائى ، بمعنى أنها لا تسحب قراراتها فقط بسبب مخالفتها للقانون ، بل قد ترى سحبها لمجرد عدم ملاءمتها **inopportunité** . أما بالنسبة للرقابة القضائية فإن القاضى يراقب قانونية القرار **Légalité** ويبطل القرار الإدارى لعدم قانونيته دون عدم ملاءمته (٢) . فسحب القرار الإدارى إذن قد يكون فى بعض صوره الجزاء الحقيقى لعدم شرعيته ، جزاء يمكن العضو الإدارى من أن ينزل به ما سوف ينزله قاضى الإلغاء إذا ما حانت الفرصة وتصدى له . ولكن هذا لا يعنى أن القرارات التى يمتنع إلغاؤها قضائياً لسبب أو لآخر لا يجوز مع ذلك سحبها ، ذلك أن القضاء قد استقر على استقلال قابلية القرار للسحب عن قابليته للإلغاء ، وأن غلق باب الطعن القضائى أمام الأفراد فى قرار إدارى غير مشروع ، لا يمنع الإدارة من إنزال الجزاء القانونى على المخالفة القانونية التى ارتكبتها فى قرارها بسحبه .

عناصر قرار السحب

٦٣٠ — تجمل عناصر قرار السحب فى : ١ — الباعث **motif** ويسمى

— Soit de ce que les délais de recours ne sont pas expirés ;

— Soit de ce qu' un recours est effectivement en instance, mais alors seulement dans les limtes de la requête » .

(١) المستشار عبده محرم فى مقاله السابق ص ١١٠ .

(٢) الدكتور عثمان خليل ، مجلة مجلس الدولة ١٩٥٠ ص ١٠٩ .

أيضاً بالسبب . ٢ ــ الغاية أو الغرض Le but . ٣ ــ الإعلان عن الإرادة فى الشكل الذى يحدده القانون la déclaration de volonté dans les formes légales . ٤ ــ الاختصاص Compétence . ٥ ــ المحل objet .

ونبادر هنا إلى القول بأن بعض هذه العناصر ، كالسبب والغرض ، ليسا من العناصر الأساسية éléments essentiels فى قرار السحب ، ولا يترتب على تخلفهما بطلان قرار السحب nullité أى انعدامه (١) من الناحية القانونية . وكل ما يترتب على تخلفهما أو اختلالهما هو جعل قرار السحب قابلا للإبطال فحسب . أما العناصر الثلاثة الأخرى وهى : ركن الإرادة والإعلان عنها فى الشكل القانونى ، وركن الاختصاص ، وركن المحل أو الموضوع ، فإنها تعتبر من العناصر الأساسية لا فى قرار السحب فحسب ولكن فى كل قرار إدارى ، وتخلف أيها يترتب عليه بطلان قرار السحب أى انعدامه من الناحية القانونية(٢) . فإذا وجدت هذه الأركان الثلاثة ولكن شاب أحدها عيب كعدم الاختصاص فيما يتعلق بركن الاختصاص ، أو مخالفة القانون فيما يتعلق بركن الإرادة ، كان قرار السحب قابلا للإبطال فحسب annulable . فعيوب القرارات الإدارية عموماً ، وقرار السحب على وجه الخصوص ، إنما تقع فى أحد هذه الأركان الثلاثة .

(١) راجع مقالا الدكتور مصطفى كمال وصفى عن « انعدام القرارات الإدارية » بمجلة مجلس الدولة السنة السابعة ص ٢٦١ حيث يرى أن انعدام أحد الأركان الثلاثة : الإرادة والمحل والسبب هو الذى يؤدى إلى انعدام القرار .

وراجع الدكتور مصطفى أبو زيد « القضاء الإدارى ومجلس الدولة » ١٩٦٠ ص ٢٥٦ .

(٢) وقد قضت المحكمة الإدارية بأن القرار الإدارى هو إفصاح الجهة الإدارية المختصة ، فى الشكل الذى يتطلبه القانون ، عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانونى معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة — انظر حكمها الصادر فى ٢٨ إبريل ١٩٥٦ المكتب الفنى س ١ ص ٦٩٨ . فمن شرائط انعقاد القرار الإدارى إذن أن يكون صادراً من سلطة إدارية ، وأن يكون محله إحداث أثر قانونى لا أثر مادى ، وأن يكون صادراً فى المجال الإدارى . وتخلف ركن من هذه الأركان يؤدى إلى عدم انعقاد القرار كلية الأمر الذى تختص معه جهة القضاء العادى بنظر دعوى إلغائه والتعويض عنه على تقدير أنه لا يعدو كونه عائقاً مادياً فحسب ، ويختص قاضى التنفيذ ، تبعاً ، بإزالته من طريق التنفيذ بالأمر بالاستمرار فيه ، كما تهدره المحاكم المختلفة إذا دفع أمامها بعدم دستوريته دون أن توقف الدعوى وتحدد للخصم أجلا للالتجاء للمحكمة العليا .

٦٣٠ ــ أما القول بأن السبب أو الغرض ركن فى القرارات فهو قول غير صحيح ، لأن تخلف السبب أو الباعث أو تعيبه ما هو إلا عيب يشوب إرادة السلطة الإدارية Volonté (غلط أو تدليس أو إكراه) ، وهو عيب فى الإرادة لا يترتب عليه انعدام القرار وإنما جعله قابلا للإبطال فقط (١) .

(١) الخطأ فى السبب يمكن أن يظهر فى كلا مجالى الواقع والقانون ، وهو قد يرد على الوقائع كأن توقع سلطة إدارية جزاء على موظف عام لأفعال لم يرتكبها . ويمكن أن يرد الخطأ بعد ذلك على تكييف الوقائع وفى هذه الحالة يكون الموظف قد ارتكب الواقعة فعلا ولكن تخطىء السلطة الإدارية فى اعتبارها تلك الواقعة مكونة خطأ تأديبى يبرر العقوبة . ويعتبر القرار مشوباً « بخطأ فى القانون » حين تنشىء السلطة الإدارية التزاماً أو تعترف بحق اعتقاداً منها أن قانوناً معيناً يبيح لها ذلك على خلاف التفسير السليم لهذا القانون . هذا الخطأ يحدث أو لا عندما تخطىء السلطة الإدارية فى اختيار النصوص التى قدرت أنها متعلقة بتحديد أوضاع ممارسة اختصاصها أو من باب أولى عندما تتصرف دون سند من النصوص . وقد تكون السلطة الإدارية ، فى حالات أخرى ، قد استندت على النص المناسب ولكنها لم تفسره تفسيراً سليماً أى أنها لم تفهم الطبيعة الصحيحة للإجراءات التى يسمح لها هذا النص باتخاذها ، فيدفعها ذلك إلى اتخاذ إجراءات غير تلك التى كانت متاحة لها لو أنها فهمت النص على الوجه الصحيح — راجع بنوا ، القانون الإدارى الفرنسى ، باريس دالوز ١٩٦٨ ص ٥٤٩ . وقد تكون مخالفة التشريع ناتجة عن انعدام السبب القانونى لعدم صحة الوقائع إذ كثيراً ما يحدث أن تكون القرارات التنفيذية قد صدرت على أساس الوقائع غير الصحيحة سواء لوجود خطأ فى الوقائع من جانب السلطة الإدارية أو لوجود — وهو الأكثر خطورة — ادعاء كاذب الوقائع . فى هذه الحالات كان مجلس الدولة الفرنسى يرفض إلغاء القرارات إذ لم تبد فى نظره من حالات انحراف السلطة أو مخالفة التشريع ذلك أن التطبيق الخاطىء للتشريع يستلزم خطأ فى القانون وقد كان يبدو له مستحيلا أن يجر الخطأ فى الوقائع إلى الخطأ فى القانون — أنظر موريس هوريو **Maurice Hauriou, Précis de Droit Administratif et de droit public, p 450—452 : « .. parce que la fausse application de la loi implique une erreur de droit et qu'il lui paraissait impossible de ramener l'erreur de droit »** .

وانظر فى تحول مجلس الدولة الفرنسى عن هذا الرأى **J. Apdleton** ، التطور الحديث للطعن بالتعسف فى استعمال السلطة ١٩١٧ ص ٤٢ — **Chabon-Demersay** ، بحث فى الوقائع بواسطة مجلس الدولة ، رسالة دكتوراه باريس ١٩٢٢ فقد استعان القضاء الإدارى الفرنسى بالنظرية القانونية الخاصة بالسبب فى تبرير تحول الخطأ فى الوقائع إلى خطأ فى القانون واعتبار « تزييف » الوقائع مخالفة للتشريع . فسبب القرار عنصر واقعى وقانونى فى آن واحد لأنه هو الذى يحدد الطبيعة القانونية للقرار ، فى وجد أمر مادى غير صحيح وكان هو السبب القانونى للقرار فثمة مخالفة للقانون لأن السبب القانونى غير موجود — أنظر الأحكام التى اعتنقت هذا النظر والمشار إليها بمؤلف موريس هوريو ، الوجيز فى القانون الإدارى والقانون العام ، =

ونفس الحكم يرد أيضاً على الغرض ، فتخلّف الغرض أو تعيّبه ما هو إلا عيب من عيوب الإرادة يشوب إرادة السلطة الإدارية الساحبة ، وهذا العيب هو ما يعرف بالتعسف فى استعمال السلطة detournement de pouvoir ، ويترتب عليه جعل قرار السحب قابلا للإبطال فقط .

الباعث او السبب

٦٣١ — نتكلم هنا عن النظرية المسماة فى فقه القانون العام بنظرية السبب الباعث الدافع théorie cause - motif déterminant . فالعميد دوجي يرى أن الباعث الدافع motif impulsif هو تلك الحالة الخارجية Le fait extérieur التى تولد فى نفس السلطة الإدارية إرادة عمل معين . ومن أبرز الأمثلة على البواعث الدافعة إلى استصدار قرار السحب هو مخالفة شروط التراخيص ، ومن ذلك رخص إشغال الطريق . فهذه الرخصة تعد مؤقتة يجوز سحبها فى أى وقت إذا دعت إلى ذلك المصلحة العامة . فإذا رخصت السلطة الإدارية لمقهى بشغل أرصفة أحد الطرق العامة ، ثم اشتدت حركة المرور فى هذا الطريق مما دعا السلطة الإدارية إلى التفكير فى تضييق الأرصفة ليتسع الطريق إلى أكبر درجة ممكنة ، فهذه الواقعة ، ازدياد حركة المرور والتفكير فى تضييق الأرصفة ، هى الباعث الدافع إلى سحب تراخيص شغل الطريق permission de voirie .

الجزاء القانونى المترتب على اختلال الباعث او تخلفه

أولا : الحالات التى ينص فيها المشرع أو القرار الإدارى على اختلاله أو تخلفه :

فى بعض الحالات ينص المشرع أو قرار منح الرخصة على البواعث أو الأسباب التى توجب سحب الرخصة . ففى مثل هذه الحالات لا صعوبة ، إذ لا شك فى أن سحب الترخيص لسبب غير الأسباب الموضحة فى القانون أو الرخصة يعتبر معيباً irrégulier وقابلاً للإبطال ، وذلك لأن الإدارة إنما تتدخل فى هذه الأحوال بناء على سلطة مقيدة بتلك النصوص المعينة وتكون مخالفتها مخالفة للقانون Violation de loi .

= المرجع سالف الذكر ، الفصل الرابع . وهذا الفقيه يقرر أن مخالفة الشيء المحكوم به تعتبر مخالفة للقانون .

ثانياً : الحالات التى لا ينص المشرع أو القرار الإدارى فيها على بواعث السحب :

تثور الصعوبة بالنسبة للحالات التى لا ينص فيها المشرع أو القرار الإدارى على البواعث والأسباب التى تجيز سحب القرار ، فهل يترتب على اختلال ركن الباعث بطلانٌ قرار السحب ؟

يؤيد الأستاذ سليمان الطماوى رأى العميد بونار فى أنه بالرغم من أن الباعث أمر خارج عن إرادة السلطة التنفيذية وسابق على قرارها ، فإن هذا لا ينفى كل أثر له على القرار الإدارى الذى دفع إليه . فما دام من غير المتصور عملا أن يصدر قرار إدارى دون باعث معقول دفع إليه ، فإن هذا يؤدى إلى قول إن الباعث أمر جوهرى لوجود العمل الإدارى وصحته(1) . ويسلم الدكتور عبد القادر خليل مع العميد دوجى بأن الباعث ليس ركناً فى العمل الإدارى ، ذلك أنه ما دام لا يمكن تصور قرار إدارى بدون باعث ، فمن العبث إذن القول بأن تخلف ركن الباعث يعدم العمل الإدارى ، ما دام من المستحيل أن يتخلف الباعث إطلاقاً ، وإلا لما تولد القرار الإدارى ، أو هو كما يقول العميد بونار سبب وجوده constitue sa raison d'être ، فمن اللغو إذن القول بأن تخلفه يؤدى إلى بطلان القرار الإدارى . بل إن تعريف الشراح للباعث بأنه حالة مستقلة عن رجل الإدارة وخارجة عن القرار الإدارى ، أكبر دليل على أن الباعث ليس ركناً فى العمل الإدارى ، لأن الركن يقتضى كونه جزءاً داخلا فى العمل الإدارى intrinsèque(2) .

تعيب الباعث وعيوب الارادة

٦٣٢ — إذا قصد باختلال الباعث تعيبه ، فإن الإدارة قد تغلط فى الباعث فتسحب رخصة سلاح لاعتقادها بوجود حالة خطرة من استبقاء هذا الترخيص . فى هذه الحالة يكون قرار السحب باطلا لا لعيب فى الباعث ، باعتباره ركناً ، وإنما لعيب فى الإرادة هو الغلط . كما أن العيب قد يكون هو الغش والتدليس dol . والإدارة إذا أوضحت بواعث معينة لقرارها ثم تبين مجلس الدولة أن هذه البواعث ليست صحيحة ، فإن الأمر يعتبر غلطاً

(1) الدكتور الطماوى « التعسف فى استعمال السلطة » ١٩٥٠ ص ١٩ .

(2) الدكتور عبد القادر خليل « نظرية القرارات الإدارية » ١٩٦٤ ص ٨٢ .

في الواقع erreur de fait إذا كان الباعث حالة واقعية ، ويعتبر غلطاً في القانون erreur de droit إذا كان الباعث حالة قانونية(1) .

سحب القرار الصحيح

٦٣٣ – نجتزئ هنا بالقول بأن مخالفة القانون في قرار السحب إنما تظهر في الأغلب الأعم من الحالات في شكل سحب قرار إداري صحيح ، فيكون قرار السحب معيباً بمخالفة القواعد القانونية التي بنت عليها الإدارة القرار المسحوب ، كأن يعين موظف تعييناً صحيحاً ثم تقوم الإدارة بسحب هذا القرار retrait - annulation ، فيكون مثل هـــذا الإبطال الإداري مخالفاً للقانون مما يجيز لصاحب الشأن الطعن فيه أمام مجلس الدولة للتوصل إلى الحكم له بالإبطال القضائي(2) . وقد قضت محكمة القضاء الإداري بأنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للجهة الإدارية سحب قرارها ما دام قد صدر مطابقاً للقانون ، وأن حقها في السحب في الميعاد القانوني لا يكون له محل إلا إذا كان القرار مخالفاً للقانون (3) . كما يظهر عيب مخالفة القانون كذلك ، طبقاً لأحكام القضاء الإداري والفرنسي ، بسبب قيام الإدارة بسحب القرار المعيب بعد الميعاد وذلك عدا استثناءات معينة ، ففي هذه الحالة يعتبر سحب القرار مخالفة للقانون توجب الحكم بالإبطال (4) .

مسئولية الادارة بالنسبة لقرارات السحب المعيبة

٦٣٤ – إن الأصل العام المستقر عليه في القضاء الإداري المصري ، أن الإدارة لا تسأل عن القرارات التي تصدر منها إلا في حالة وقوع خطأ من جانبها ، بأن تكون القرارات غير مشروعة ، أي مشوبة بعيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة وهو عدم الاختصاص ووجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة ، وبشرط أن يتحقق الضرر الناجم عنها ، وأن

(1) André De Laubadère. Traité élémentaire de droit administratif 1951 p 113.

(2) محكمة القضاء الإداري في ٢٢ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة ٥ ص ١٩٠ حيث ألغت المحكمة سحب قرار تعيين صحيح في الدرجة السادسة .

(3) ٧ يونيو ١٩٥١ مجموعة ٥ ص ١٠٠٨ .

(4) راجع في تفصيل ذلك الدكتور عبد القادر خليل في المرجع السابق .

تقوم رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، فإذا برأت من هذه العيوب كانت سليمة ومشروعة ومطابقة للقانون ، فلا تسأل الإدارة عن نتائجها مهما بلغت جسامة الضرر المترتب عليها لانتفاء ركن الخطأ ، إذ لا مندحة من أن يتحمل الأفراد في سبيل المصلحة العامة نتائج نشاط الإدارة المشروع أي المطابق للقانون(1) .

التمييز بين الخطأ المصلحي والخطأ الشخصي

٦٣٥ – القاعدة التقليدية في مجال مسئولية الإدارة على أساس ركن الخطأ تحرص على التمييز بين الخطأ المصلحي أو المرفقي faute de service الذي ينسب فيه الإهمال أو التقصير إلى المرفق العام ذاته ، وبين الخطأ الشخصي faute personnelle الذي ينسب إلى الموظف . في الحالة الأولى تقع المسئولية على عاتق الإدارة وحدها ، ولا يسأل الموظف عن أخطائه المصلحية ، والإدارة هي التي تدفع التعويض . وفي الحالة الثانية تقع المسئولية على عاتق الموظف شخصياً ، فيسأل عن خطئه الشخصي ، وينفذ الحكم على أمواله الخاصة . ويعتبر الخطأ شخصياً إذا كان الضرر الناتج عن القرار الإداري مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره . أما إذا كان الضرر الناتج عن القرار غير مصطبغ بطابع شخصي وينمّ فحسب عن الموظف المعرض للخطأ والصواب ، فإن الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحياً (2) . فالعبرة إذن بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته ، فكلما قصد النكاية أو الإضرار أو سعى وراء منفعته الذاتية من وراء سحب القرار الإداري كان خطؤه شخصياً . والخطأ المصلحي في سحب القرار يكون بالبحث وراء نية الموظف أيضاً ، فإذا كان يهدف من سحب القرار الإداري إلى تحقيق الصالح العام أو تحقيق أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية ، فإن خطأه يندمج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى المرفق العام ، ويكون خطأ الموظف مصلحياً . أما إذا تبين أن الموظف وهو يسحب

(1) المحكمة الإدارية العليا في ٢٧ إبريل ١٩٥٧ و ١٥ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة ٢ ص ٩٧٥ و ٢١٥ .

(2) المحكمة الإدارية العليا في ٦ يونيو ١٩٥٩ مجموعة ٤ ص ١٤٣٥ .

القرار الإدارى لم يكن يعمل للصالح العام ، أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية ، أو كان خطؤه جسيماً ، فإن الخطأ فى هذه الحالة يعتبر شخصياً ويسأل عنه الموظف الذى وقع منه هذا الخطأ فى سحب القرار الإدارى على هذا النحو من ماله الخاص .

خطأ الادارة فى فهم الواقع أو القانون

٦٣٦ ـ القاعدة العامة أن الخطأ هو قاعدة مجردة قائمة بذاتها متى تحققت أوجبت مسئولية الإدارة عن تعويض الضرر الناشىء عنها بغض النظر عن البواعث على الوقوع فى هذا الخطأ ، إذ لا يتبدل تكييف الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراكه فحواها . فالخطأ فى فهم الواقع أو القانون ليس عذراً دافعاً للمسئولية . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه لا يشفع فى إعفاء الإدارة من المسئولية وقوعها فى خطأ فنى أو قانونى فى تفسير بعض المواد (١) . إلا أنه من المقرر من ناحية أخرى أن مسئولية الإدارة لا تترتب إلا على خطأ ثابت محقق يسيراً كان أو جسيماً . فإذا كان الأمر فى التأويل القانونى مما تتفرق فيه وجوه الرأى وتختلف فيه وجهات النظر ، وكان لكل رأى ما يبرره بحيث لا يمكن القطع أى الآراء أصح ، أو على الأقل الأرجح قبولا عند جمهرة رجال القانون(٢) فإن الإدارة لا تعتبر قد ارتكبت خطأ ولا تترتب بالتالى مسئوليتها .

وعلى ذلك إذا سحبت الإدارة قراراً إدارياً بالمخالفة لأحد قواعد السحب الغير مستقرة ، فإنها لا تعتبر بذلك قد ارتكبت خطأ يوجب مسئوليتها ، لأن المسئولية تستلزم مخالفة ما استقر عليه الرأى واتضح فيه الحكم القانونى ، حيث يبدو الخروج على هذا الرأى المستقر خطأ يرتب المسئولية ، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً ، وذلك إذا كان عيب قرار السحب متعلقاً بأحد قواعد السحب ذاتها كالميعاد(٣) واستثناءات هذا الميعاد مثلا . أما إذا كان ما ينعى على قرار السحب هو سحب قرار إدارى بالمخالفة لأحكام

(١) ١٢ يوليو ١٩٥٨ مجموعة ٣ ص ١٥٧٤ .
(٢) المحكمة الإدارية العليا فى ٢١ مايو ١٩٦٠ مجموعة ٥ ص ٩٤٦ .
(٣) محكمة القضاء الإدارى فى ٢٧ فبراير ١٩٥١ مجموعة ٥ ص ٦٦٧ حيث رفضت المحكمة الحكم بتعويض عن سحب قرار مخالف للقانون وقع خلال الميعاد .

القانون ، كسحب قرار صحيح دون الالتجاء إلى الوسائل التى سنها القانون لذلك ، كسحب قرار تعيين دون الالتجاء إلى الإجراءات اللازمة للفصل ، كان قرار السحب واضح العيب مما يرتب بالتالى مسئولية الإدارة(١) .

المطلب الثانى

الخطأ فى تفسير القاعدة القانونية

٦٣٧ ـ لا تتنكر الإدارة ، فى هذه الصورة ، للقاعدة القانونية أو تتجاهلها كما فى حالة المخالفة المباشرة ، وإنما يعطى القاعدة القانونية معنى غير المقصود قانوناً . ويطلق على هذه المخالفة أحياناً ، الخطأ القانونى erreur de droit ، ولما كان مجلس الدولة هو الذى يراقب مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء ، فقد ترتب على ذلك أن الإدارة ملزمة بالتفسير الذى يقول به القضاء الإدارى ، وفى قمته المحكمة الإدارية العليا ، حتى ولو كان هذا التفسير لا يتفق مع حرفية النص .

٦٣٨ ـ وخطأ الإدارة فى التفسير قد يكون مغتفراً إذا كانت القاعدة القانونية غير واضحة ، وتحتمل التأويل ، وهذا هو الغالب . ولكن قد يكون الخطأ مقصوداً إذا ما حاولت الإدارة أن تخرج على أحكام القاعدة القانونية عن طريق التفسير المتعمد ، أو احترام حرفية القواعد مع مخالفة روحها مما يندرج تحت عيب الانحراف بالسلطة . ومثال ذلك أن تعمد الإدارة ، فى سبيل التغلب على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ، إلى إصدار قرار بتاريخ سابق على تاريخ صدوره الفعلى بحجة أنه قرار تفسيرى لقرار سبق صدوره فى التاريخ الأول ، وحينئذ يتصدى القضاء لمثل هذه المحاولة . ومن ذلك حكم مجلس الدولة المصرى الذى يقرر فيه أن القرار المطلوب إلغاؤه لا يعتبر مفسراً للقرار الأول إذ لا وجه للتفسير إلا حيث يكون ثمة غموض يدعو إليه . وقد جاءت عبارة المذكرة التى انبنى عليها القرار الأول من الوضوح والجلاء بما لا محل معه لأية شبهة قد تستوجب مثل هذا التفسير . . . »(٢) .

(١) الدكتور عبد القادر خليل ، المرجع السابق ص ٥٨٢ — ٥٨٥ .
(٢) ٢١ أكتوبر ١٩٤٧ س ٢ ص ١٧ .

٦٣٩ — وقد تخطئ الإدارة في مدى نطاق القاعدة القانونية ، فتسحبها إلى حالات لا تشملها ، ومثال ذلك أن يحدد المشرع عقوبات معينة لتوقع على الموظف الذى يرتكب جريمة تأديبية ، فتضيف الإدارة إلى هذه العقوبات عقوبة جديدة ، وأكثر حالات هذه الصورة شيوعاً فى العمل أن تحاول الإدارة إقحام أحكام جديدة لم ترد فى القانون ، فالمسلم به مثلا أن الإدارة إذا كان من حقها أن تصدر لوائح لتنفيذ القانون ، فليس لها أن تضيف جديداً إلى أحكامه ، بل تقتصر سلطتها على وضع الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام الواردة فى صلب القانون ، وكل زيادة أو تجديد يعد غير مشروع (١) . ومن ذلك أيضاً أن يحدد القانون أو اللائحة الشروط اللازمة للحصول على ترخيص معين ، فتضيف الإدارة من عندياتها شروطاً جديدة إلى الشروط الواردة فى القانون . ومن تطبيقات ذلك فى قضاء مجلس الدولة المصرى (٢) ، حكم محكمة القضاء الإدارى الذى يقول « إن المدعى بعد أن استأجر العين من مالكها الحق فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستصدار ترخيص جديد ، وذلك بعد أن أصبح صاحب الحق فى فتح المحل واستغلاله وهو الشرط الواجب توافره بالتطبيق لأحكام المواد ١ و ٩ و ١٨ من لائحة التياترات ، ولا يتأتى للبلدية أن تضيف إلى تلك الأحكام حكماً جديداً لم تتضمنه قواعد الترخيص ، وهو التحقق من عدم وجود أى نزاع يثيره مستغل سابق » (٣) .

---

(١) أنظر تفصيل ذلك فى « النظرية العامة للقرارات الإدارية » للدكتور الطماوى .

(٢) ومن أمثلة ذلك فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى حكمه الصادر فى ١٩ سبتمبر سنة ١٩٤٥ فى قضية « Soc. an. des sucrerie et distilleries de Francières » المجموعة ص ٣٥٣ ، وحكمه فى ٦ مايو ١٩٥٥ فى قضية « Nerson » دالوز ١٩٥٦ ص ٥١ .
هذا وعلى القاضى الإدارى أن يقدر ما إذا كانت الإجراءات التى اتخذت تبدو مطابقة أو غير مطابقة لروح التشريع . ويقول بنوا فى المرجع السابق إن القضاء الإدارى الفرنسى فعل ذلك عندما قرر حـــدود الالتزامات التى يمكن تقريرها على الأفراد بواسطة سلطات البوليس . وفى هذا يبرز الدور الإنشائى للقاضى الإدارى فيما يتعلق بالأسباب القانونية Il ya eu pareil cas création prétorienne du droit quant au motif de droit.

(٣) ٣١ يناير ١٩٥١ س ١٠ ص ١٨٠ .

المطلب الثالث

الخطأ فى تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع

٦٤٠ — إذا كان تطبيق القاعدة القانونية مرهوناً بتحقق حالة واقعية على نحو معين ، فإن تخلف الوقائع التى يقوم عليها القرار ، أو عدم استيفائها للشروط التى يتطلبها المشرع ، يؤدى إلى بطلان القرار الصادر على أساسها ، ولمجلس الدولة أن يراقب الوقائع ويتحقق من سلامتها توصلا للقول بمشروعية القرار أو عدم مشروعيته . وقد كان يظن كثيرون أن رقابة مجلس الدولة فى قضاء الإلغاء هى رقابة قانونية لا تمتد إلى الوقائع ، ومن قبيل الرقابة فى حالة الطعن بالنقض . ولكن هذه الفكرة الخاطئة لا محل لها الآن . والمسلم به عندنا وفى فرنسا فى الوقت الحاضر ، أن للقضاء الإدارى أن يفحص الوقائع بالقدر الذى يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية (١) . وأحكام مجلس الدولة فى مصر مستقرة على ذلك ومنها حكمه الذى ورد فيه : « إنه وإن كان لا يجوز لمحكمة القضاء الإدارى تقدير ملاءمة إصدار القرار الإدارى أو عدم ملاءمة ذلك ، إلا أن لها الحق فى بحث الوقائع التى بنى عليها القرار بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون ، وحقها فى ذلك لا يقف عند حد التحقق من صحة الوقائع المادية التى انبنى عليها القرار ، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من العناصر التى ينبنى عليها القرار ، وللمحكمة فى حدود رقابتها للقرار أن تقدر تلك العناصر التقدير الصحيح لتنزل حكم القانون على مقتضاه » (٢) :

ما تتناوله رقابة مجلس الدولة

٦٤١ — وعلى هذا الأساس تتناول رقابة مجلس الدولة :

أولا : التحقق من حدوث الوقائع المادية التى استندت إليها الإدارة فى إصدار القرار المطعون فيه . ذلك أن القرار الإدارى يكون مخالفاً للقانون ، إذا استندت الإدارة فى إصداره إلى وقائع لم تحدث إطلاقاً : « فإذا ثبت عدم صحة الوقائع التى استند إليها القرار التأديبى فى توقيع الجزاء ، فإنه يكون

---

(١) الدكتور الطماوى فى « قضاء الإلغاء » ١٩٦٧ ص ٨٧٥ — ٨٧٩ .

(٢) ٢٤ فبراير ١٩٤٨ س ٣ ص ٣٧٨ .

منطوياً على مخالفة للقانون لانعدام الأساس القانونى الذى يقوم عليه ، وللخطأ فى فهم القانون وتطبيقه عن طريق الخطأ فى فهم الوقائع »(1) . وكذلك الحال إذا أصدرت الإدارة قراراً بإحالة الموظف إلى المعاش بناء على طلبه إذا ثبت أن هذا الطلب لم يقدم إطلاقاً ، أو سحبه الموظف قبل البت فيه فأصبح معدوماً (2) .

ثانياً : تقدير الوقائع الثابت حدوثها للتأكد مما إذا كانت تبرر إصدار القرار . ذلك أنه لا يكفى أن تكون الوقائع التى استندت إليها الإدارة لإصدار القرار الإدارى سليمة فى ذاتها ، إنما يجب أيضاً أن تكون مستوفية للشروط القانونية التى تجعلها مبررة للقرار . فإذا نسبت الإدارة إلى موظف أموراً معينة وعاقبته على أساسها ، فإنه لا يكفى أن تكون تلك الوقائع صحيحة ، بل يجب أن تكون مكونة للجريمة التأديبية التى تستوجب توقيع العقاب . ومن هذا القبيل حكم المجلس الذى جاء فيه : « . . للمحكمة البحث فى الوقائع المنسوبة إلى المدعى ومعرفة ما إذا كانت تكفى لتكوين أخطاء إدارية تمنع من ترقيته فى حدود النسب المقررة للأقدمية المطلقة ، ذلك أن للمحكمة التحرى عن صحة الوقائع المنسوبة إلى المدعى ومعرفة ما إذا كانت تكون أخطاء إدارية . . فإذا استبان من أوراق الدعوى ومن التحقيق الذى أجرى مع المدعى أن المخالفات التى نسبت إليه بعضها غير صحيح والبعض الآخر تافه بدرجة أنه لم يستوجب توقيع جزاء عليه ، فهى والحالة هذه لا تكفى لتركه فى الترقيـــة »(3) .

---

(1) س ٢ ص ٤٢١ .

(2) حكم المجلس فى ٥ مايو ١٩٤٨ س ٢ ص ٦٥١ — وراجع من أحكامه الأخرى فى هذا الصدد حكمه الصادر فى ٢٢ مارس ١٩٥٣ الذى ورد فيه « . . إذا كان القرار أخطأ فى استظهار بعض الوقائع واستخلص من بعضها ثبوت الاتهام فى حق المدعى مع أنه غير مقطوع بصحتها ، بل إن منها ما لا سند له فى أوراق الدعوى ، ومنها ما هو عاطل من الدليل . . . لذلك يكون القرار غير قائم على أساس من القانون » — س ٧ ص ٧١٧ .

(3) س ٣ ص ٤٣ — وهذا يعنى أن القرار الإدارى فى هذه الحالة معيب فى محله ، لأن صحة هذا المحل مرهونة بقيام الحالة الواقعية أو القانونية (السبب) فإذا لم تتوافر يكون المحل مخالفاً للقانون لانعدام أسبابه القانونية **L'absence des motifs légaux** ولهذا ذكرنا من صور مخالفة القاعدة القانونية ، الخطأ من حيث الوقائع . وإذا كان الإلغاء فى حالة =

وإذا كان للإدارة أن تقدر « . . قرب المحال العمومية أو بعدها عن أماكن معدة لإقامة الشعائر الدينية عند الترخيص ، إلا أن سلطتها فى ذلك ليست مطلقة بل يجب أن يقوم قرارها على أساس من الوقائع المادية الصحيحة . وأن يكون تقديرها سليماً » . وعلى هذا الأساس للمحكمة أن تعقب على تقدير الإدارة للمسافات الواقعة بين سينما يراد فتحها وبين إحدى الكنائس وأن تقرر « أن دار السينما تعتبر بحكم الأبعاد والمسافات المتقدمة بعيدة عن مدخل الكنيسة وعن هيكلها المعد للعبادة وأن الترخيص فى إدارتها لا يؤثر فى حركة المرور » ، وأن تستنتج من ذلك بالتالى « أن القرار المطعون فيه لم يقدر الوقائع الثابتة فى الدعوى تقديراً سليماً فيكون والحالة هذه قد جاء مخالفاً للقانون »(1) . بل لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى فى هذا المنحى إلى مدى بعيد إذ أقام من نفسه حكماً فنياً ، فقد كانت الإدارة رفضت التصريح لأحد الأفراد بالبناء فى ميدان « **Beauveau** » متذرعة بأن البناء المزمع إقامته سيشوه مكاناً أثرياً ، فلما فحص المجلس الدعوى انتهى إلى أن ذلك الميدان ليس من الأماكن الأثرية ومن ثم قضى بإلغاء القرار مقرراً أن محافظ « السين » قد أخطأ فى تطبيق المادة ١١٨ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩١١ .

ثالثاً : ليس للقضاء الإدارى أن يراقب ملاءمة القرار من حيث مطابقته للوقائع . فإذا ما ثبت صحة الوقائع التى اتخذتها الإدارة سنداً لإصدار القرار وكان تقدير الإدارة لها سليماً ، فإنها تتمتع بحرية اختيار الوسيلة المناسبة لمواجهة الحالة . وعلى هذا فليس للقضاء الإدارى مثلا أن يعقب على مدى ملاءمة العقوبة للجريمة التأديبية ، ولا على رفض الإدارة الترخيص لأحد الأفراد باستعمال المال العام استعمالا خاصاً إذا قررت أن ذلك سيؤدى إلى تعطيل الغرض الذى من أجله خصص المال ، كل ذلك فى حدود فكرة

= انعدام الأسباب التى تدعيها الإدارة تبريراً لتصرفاتها **L'inexistence des motifs** ، فإن الإلغاء يرجع إما إلى عيب « مخالفة القاعدة القانونية » على ما أوضحناه آنفاً ، أو إلى عيب الانحراف الذى يحمل فى طياته حكماً مشيناً على مصدره ، الأمر الذى يبرر كثرة الأحكام فى مجال الأسباب وندرتها فى نطاق الانحراف أو إساءة استعمال السلطة .

(1) ٢٤ فبراير ١٩٤٨ س ٣ ص ٣٧٨ .

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٤ أبريل سنة ١٩١٤ **Gomel, R. p. 488** ومجموعة سيرى سنة ١٩١٧ القسم الثالث ص ٢٥ .

الصالح العام . وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذه المبادئ فى قضائها ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الذى يقول « والقضاء الإدارى أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع ، وصحة تكييفها القانونى ، إلا أن للإدارة حرية تقدير أهمية هذه الحالة والخطورة الناجمة عنها(١) » .

٦٤٢ – بيد أن سلطة المحكمة قد تمتد أيضاً إلى جانب الملاءمة فى حالات نادرة إذا كانت شرعية القرار متوقفة على ملاءمته للحالة الواقعية أو القانونية التى صدر على أساسها . وأغلب ما يكون ذلك فى حالات استعمال الإدارة لسلطات البوليس الإدارى فى تقييد الحرية الفردية (٢) . وهذا ما قرره مجلس الدولة المصرى حين قرر « إنه وإن تكن الإدارة فى الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التى تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتى من أجلها تتدخل لإصدار قرارها ، إلا أنه حيث تختلط مناسبة العمل الإدارى بشرعيته ، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور ، خصوصاً فيما يتصل بالحريات العامة ، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره ، فلا يكون العمل الإدارى عندئذ مشروعاً إلا إذا كان لازماً ، وهو فى ذلك أيضاً يخضع لرقابة المحكمة . فإذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة كان القرار باطلا »(٣) ، ولقد تبنت المحكمة الإدارية العليا هـذا القضاء أيضاً (٤) .

المبحث التاسع

الصلح فى المجال الإدارى

٦٤٣ – ينطبق ما قلناه عن الصلح فى مجال القانون الخاص على الصلح فى المجال الإدارى ، فلا يقبل فيه التحدى بالجهل بالقانون أو فى الخطأ فى

(١) ١٤ إبريل ١٩٥٦ س ١ ص ٦٨٧ ، ٩ نوفمبر ١٩٥٧ س ٣ ص ٦٦ .
(٢) انظر فى بحث هذا الموضوع « مبادىء القانون الإدارى » للدكتور الطماوى .
(٣) ٩ إبريل ١٩٥٣ س ٧ ص ١٠٢٧ – وراجع حكمه الصادر فى ١٦ يونيو ١٩٤٩ س ٣ ص ١٠٢١ .
(٤) ١٣ إبريل ١٩٥٧ س ٢ ص ٨٨٦ .

فهمه . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن إيفاد موظفة فى دراسات تدريبية وفق برنامج النقطة الرابعة المعقود بين حكومة مصر والولايات المتحدة لا يخضع لأحكام بدل السفر أو مصروفات الانتقال المنصوص عليها فى المادة ٥٥ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، ومن ثم فإن الجهة الإدارية إذا ما سحبت ترشيح المدعية على أساس من سلطتها التقديرية التى تمارسها فى هذا الشأن وفق مقتضيات المصلحة العامة ، فإن هذا العدول يكون مستنداً إلى سبب صحيح من الواقع يبرره بحيث إذا تقدمت المدعية بعد ذلك ملحة فى إجابة ملتمسها بالسفر مع تحملها بنفقاته وتعهدها بعدم الرجوع على الحكومة بشىء منه فوافقت جهة الإدارة على هذا الطلب المشروط بهذا التعهد السائغ ، فإنه يتعين أخذها به ولا يجوز لها بعد ذلك أن تنقض من جانبها ما تم صحيحاً على يديها . ولا يغير من هذا الوضع ما أثاره الحكم المطعون فيه من أن التعهد المشار إليه لا ينتج أثره القانونى لما شابه من عيب الغلط فى الواقع أساسه تحقيق وفر إجمالى فى بند السفر وأجور الانتقال ما دام هذا الوفر لم تكشف عنه الأوراق إلا فى نهاية السنة المالية وبعد صدور القرار الإدارى بسحب الترشيح مستنداً إلى السبب الصحيح القائم وقت إصداره . . كما لا وجه لتنصل المدعية من تعهدها الصريح بتحملها مصروفات الانتقال بحجة أن تنازلها هذا غير جائز باعتبار أن تلك المصروفات تعد جزءاً من ميزات الوظيفة أو توزيعها ، ذلك أن هذا الوصف غير متحقق بالنسبة للمبالغ المشار إليها ، فضلا عن أن مثل هذه المصروفات على فرض استحقاقها هى من قبيل الحقوق المالية التى يستطيع الموظف بإرادته التصرف فيها بكافة التصرفات القانونية فى مواجهة الجهة الإدارية ذاتها خاصة إذا ما كانت غير معتبرة فيما يتعلق بالإجازات الدراسية التدريبية – كالحالة المعروضة – من مستلزمات الوظيفة (١) . وقضت بأنه ليس لوزارة الأوقاف التعلل بعدم أحقية من تصالحت معهم من خدم المساجد ومؤذنيها لما تم التصالح عليه فى صدد مطالبهم المالية المتعلقة بالإنصاف وفق قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٤ ، بسبب عدم فتح الاعتماد المالى لإنصاف المؤذنين والخدم إلا فى ٢٠ يونيو سنة

(١) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عشر سنوات (١٩٥٥ – ١٩٦٥) للأستاذ أحمد سمير أبو شادى جـ ١ بند ١٨٠ ص ١٩١ – ١٩٢ .

١٩٥٢ ، إثر الحكم الصادر لصالحهم فى ٧ من فبراير سنة ١٩٥٢ ، ذلك أن مثل هذه العلة هى ضرب من ضروب الادعاء بالغلط فى فهم القانون الذى نصت المادة ٥٥٦ من القانون المدنى على عدم جواز الدفع به(١) . وقضت محكمة القضاء الإدارى بأنه « إذا خلصت المحكمة إلى أن ثمة عقد صلح تناول أساس المحاسبة على صنف الحلاوة الطحينية ، فإنه لا يجوز الرجوع فيه والقول بوقوع الوزارة المدعية فى غلط فى أساس المحاسبة بعد ما كشف حكم محكمة القضاء الإدارى عن حكم القانون فى هذا الصدد ، ومرد ذلك ما نصت عليه المادة ٥٥٦ من القانون المدنى من أنه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » ، وهذا النص يتضمن قاعدة عامة تقوم على طبيعة التصالح باعتباره تنازلا من كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ومن ثم تنطبق فى المجال الإدارى . . ولا جدال فى أن أساس المحاسب عن صنف الحلاوة الطحينية وما إذا كان يتم طبقاً لكشف الوحدة أو طبقاً للتسعير الجبرى هى مسألة قانونية تتصل بتفسير عقد التوريد وتحديد حقوق المدعى عليه حيثما يستقر عليه هذا التفسير ، فإذا تم صلح على هذه المسألة ، فإن المنازعة فيها بعد ذلك بناء على أساس المحاسبة هى من أبرز وجوه الادعاء بوقوع غلط فى القانون ، إذ ليست المسألة فى هذا المجال مجرد غلطة حسابية ناتجة عن خطأ مادى بعد أن استقرت أسس الحساب ، ولكنها طعن فى أسس الحساب ذاتها وفى تحديد حق المدعى عليه على هذه الأسس وهو ما لا يجوز قانوناً ، لأن المفروض فى المتصالحين أنهما تثبتا من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع ، فلا يسمح من أحدهما بعد ذلك التعلل بعدم فهم القانون »(٢) .

الأهلية المشترطة لعقد الصلح

٦٤٤ — قضت محكمة القضاء الإدارى بأنه « إذا كان ما ساقته الوزارة المدعية من اعتراض على الصلح مضمونه أنه ليس من حق الموظف أياً كانت درجته المساس بحقوق الخزانة العامة أو بأى حق مالى للدولة — هذا الاعتراض يصدر عن لبس فى تفهم طبيعة عقد الصلح ، ذلك أن الصلح عقد من عقود

(١) المرجع السابق ج ٢ بند ١٨٩٦ ص ١٩٧٠ .

(٢) ٢٠ يونيه ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفنى لمبادئ محكمة القضاء الإدارى فى خمس سنوات من أول أكتوبر ١٩٦١ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٦ ، بند ٢٩٧ ص ٥٧٥ .

المعاوضة فلا يتبرع أحد من المتصالحين للآخر ، وإنما ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه بمقابل هو نزول الآخر عن جزء مما يدعيه ، ومن ثم لا يحمل الصلح معنى التنازل من جانب واحد أو التبرع أو التصرف دون مقابل وإنما هو معاوضة يقصد بها حسم النزاع القائم أو توقى نزاع محتمل ، ومن ثم فليس فيه مساس بحق مالى للدولة أو بحقوق الخزانة العامة طالما أن ما نزلت عنه الدولة من حق كان له ما يقابله مما نزل عنه الطرف الآخر ، ولذلك كانت الأهلية المشترطة لعقد الصلح هى أهلية التصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها الصلح وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة ٥٥٠ من القانون المدنى(١) » .

الأخذ بالقاعدة فى المجال الادارى فى شأن الحقوق المالية التى لا تمس مراكز لائحية

٦٤٥ — قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « المادة ٥٥٦ من القانون المدنى رددت أصلا عاماً يقوم على طبيعة التصالح باعتباره تنازلا عن كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته إذ نصت على أنه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب الغلط فى القانون » ، ومرد ذلك إلى أن المتصالحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط فى فهم القانون ، ويتعين الأخذ بهذا الأصل الطبعى فى المجال الإدارى فى شأن الحقوق المالية لذوى الشأن ما دامت لا تمس مراكزهم اللائحية »(٢) .

الصلح على الضرائب

٦٤٦ — يعترض بعض الفقهاء على عدم جواز الصلح على الضرائب ، ويميزون بين التزام الممول بدفع الضريبة وهذا لا يجوز الصلح عليه ، وبين المبلغ المستحق عليه دفعه كضريبة وهذا كسائر الديون يجوز الصلح عليه(٣) . ونحن نعتنق هذا النظر مع تحفظ محصله عدم جواز الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة متى كان الحق فى تحصيلها قد تقرر بصفة

(١) ٢٠ يونيه ١٩٦٥ ، المرجع السابق بند ٢٩٧ ص ٥٧٥ .

(٢) وراجع بند ٣٤٣ ص ٤٥٥ وحكم النقض الذى أشرنا إليه بهامش (٣) ، وبند ٣٤٨ ص ٤٦٢ وحكم النقض الوارد فى المتن .

(٣) بودرى وفال ٢٤ فقرة ١٢٦٥ .

نهائية ولم يعد محلا لأى نزاع ، إذ ليس ثم شىء يتنزل عنه الممول فى هذه الحالة مقابل نزول مصلحة الضرائب عن جانب من مستحقاتها التى ثبتت فى حقه بصورة نهائية ، فيكون نزولها حينئذ نزولا من جانب واحد ومنطوياً ، تبعاً ، على مساس بحقوق الخزانة العامة . أما إذا كانت الضريبة لا تزال محل منازعة ، فلا مراء فى جواز الصلح ، وإذ كان الصلح كاشفاً للحقوق فإن الاتفاق الذى يتم بين الممول ومصلحة الضرائب بمقتضى أى من قوانين التصالح[1] ، لا يكون له من أثر سوى أن يكون لمأمورية الضرائب المختصة الحق فى تعديل ربط الضريبة وتسويتها وفقاً لما تم عليه الاتفاق بين المصلحة والممول ، ولا يعتبر سنداً تنفيذياً جديداً ، وإنما يعتبر السند التنفيذى الذى بموجبه توقع الحجز على الممول ما زال قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية فى حدود ما انتهى إليه الصلح .

(١) صدرت فى جمهورية مصر قوانين بشأن إعادة النظر فى المنازعات القائمة بين مصلحة الضرائب والممولين ، هى القوانين أرقام ٦٩٠ سنة ١٩٥٤ و ١٠٤ سنة ١٩٥٨ و ١٤ سنة ١٩٦٢ و ٥١ سنة ١٩٦٧ و ٧٤ سنة ١٩٦٩ . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ١٤ لسنة ١٩٦٢ لمصلحة الضرائب إعادة النظر أيضاً فى الدعاوى المعروضة أمام محكمة النقض فى الحالات التى تتلاقى فيها وجهة نظر المصلحة والممول على تفسير القانون أو تأويله .

الفصل الثانى
الجريمة التأديبية

مبدأ الشرعية فى الجريمة التأديبية

٦٤٧ — لم ينتهج المشرع فى نظم العاملين المدنيين — سواء نظام العاملين فى الدولة أو القطاع العام — مسلك قانون العقوبات والقوانين الجنائية الأخرى فى حصر الأفعال المؤثمة وتحديد أركانها ونوع العقوبة المقررة لكل منها ومقدارها[1] ، وإنما سرد أمثلة من واجبات العاملين والأعمال المحرمة عليهم كما فعل فى المواد ٥٢ إلى ٥٤ من نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ ، والمادتين ٤٤ و ٤٥ من نظام العاملين فى القطاع العام الصادر به القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ ، ثم أتى بنص عام هو نص المادة ٥٥ من قانون العاملين المدنيين بالدولة ، المقابل لنص المادة ٤٦ من نظام العاملين فى القطاع العام ، وقضى فيه بأن كل عامل يخالف الواجبات المنصوص عليها فى هذا القانون أو النظام أو يخرج على مقتضى الواجب فى أعمال وظيفته أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة ، يعاقب تأديبياً وذلك مع عدم الإخلال بإقامة الدعوى المدنية أو الجنائية عند الاقتضاء .

هذا إلى أن بعض الواجبات الوظيفية ، وبالتالى الجرائم التأديبية الناشئة عن مخالفتها ، منصوص عليها فى قوانين أخرى ، أو فى قرارات وتعليمات ، ومنها ما تقتضيه طبيعة الوظيفة دون نص عليها . وقد تنشأ الجريمة التأديبية من مخالفة العامل أوامر رؤسائه الصادرة فى حدود القانون[3] ، كما قد تقوم

(١) المحكمة الإدارية العليا فى ٩ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٣ ص ٢١٥ .

(٢) تقابل هذه المواد فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الملغى ، المواد ٥٢ إلى ٥٨ والمادة ٥٩ ، وفى القرار رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ الملغى ، المواد ٥٥ و ٥٦ و ٥٧ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا فى ١١ فبراير سنة ١٩٦١ س ٦ ص ٦٨٠ ونقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ١٤٦ ص ٩١٤ وقد ورد فى هذا الحكم « من المقرر أن كل ما يكلف به الموظف من قبل رؤسائه من أعمال لا تتعارض مع مقتضيات وظيفته يعتبر من —

لمخالفة عرف إدارى ، ذلك أن الواجب الوظيفى قد يكون مصدره العرف الإدارى ، وهو تعبير اصطلح على إطلاقه على الأوضاع التى درجت الجهات الإدارية على اتباعها فى مزاولة نشاط معين لها ، وينشأ من استمرار التزامها لهذه الأوضاع والسير على سننها فى مباشرة هذا النشاط ، أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة . ويشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان[1] :

أولا : أن يكون العرف عاماً ، وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة ، فإذا تخلف هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذى جرت عليه الإدارة إلى مستوى العرف الملزم للإدارة .

ثانياً : ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم .

٦٤٨ — وقد ذكرنا فيما سبق أن الشارع نص على العرف كمصدر رسمى للقانون ، وأنه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتى فى المرتبة الثانية بعد التشريع ، وأنه لا يجوز للعرف أن يصادم نصاً قائماً . ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ عن جهل بالقانون أو خطأ فى فهمه لا يمكن التعويل عليه[2] .

الخلاف حول مبدأ الشرعية فى المجال التأديبى

٦٤٩ — جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الذنب التأديبى يختلف

— أعمال الوظيفة التى يجوز مساءلته عن الإخلال بها » . كما ورد فيه أن « إخلال الموظف بالالتزامات التى تفرضها عليه وظيفته — إذا أضر بالدولة — يستوجب مسئوليته المدنية طبقاً للقواعد العامة وبغير حاجة أيضاً إلى نص خاص يقرر هذه المسئولية » وأن « علاقة الموظف بالدولة هى رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة ، وثمت قواعد أساسية عامة تحكم واجبات الموظف تقوم على وجوب أدائه العمل المنوط به بعناية ودقة الرجل الحريص المتبصر ، وهذه القواعد الأساسية قد ترد فى القانون مع ضوابطها وقد يخلو منها القانون دون أن يؤثر ذلك فى وجوب التزام الموظف بها ، ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة ، فيسأل الموظف عن إخلاله بهذا الالتزام ، وقد قنن المشرع هذه القواعد فى القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفى الدولة فحدد فى الفصل السادس منه واجبات الموظفين والأعمال المحرمة عليهم » .

(١) راجع مقالا المستشار عبد الوهاب البندارى فى أركان الجريمة التأديبية ، المحاماة س ٥٠ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ٢٤ فبراير ١٩٦٢ س ٧ ص ٢٥٥ .

عن الجريمة الجنائية فى أنه لا يخضع لقاعدة « لا جريمة بغير نص »[1] ، وإنما يجوز لمن يملك قانوناً سلطة التأديب أن يرى فى عمل إيجابى أو سلبى يقع من الموظف عند ممارسته أعمال وظيفته ذنباً تأديبياً إذا كان ذلك لا يتفق وواجبات الوظيفة . ومن ثم فلا يمكن حصر الذنوب التأديبية مقدماً ، وذلك على خلاف ما يجرى فى مجال الجرائم الجنائية وقانون العقوبات[2] . فالأفعال المكونة للذنب الإدارى ، ليست محددة حصراً ونوعاً ، وإنما مردها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها[3] . ومن ثم فقد اتجه رأى إلى القول بأن الجريمة التأديبية لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم ، والصحيح أن الركن الشرعى متوافر ولازم فى الجريمة التأديبية كما هو الشأن فى الجريمة الجنائية ، وإن اختلفت صورة إعمال هذا المبدأ فى كلتيهما[4] . فبالنظر إلى حداثة النظام التأديبى وتنوع النظم والوظائف وتعدد الواجبات الوظيفية ، لم يسع المشرع أن يحصر الأفعال التى تعتبر مخالفات لهذه الواجبات ، بل اكتفى بالنص على بعض أنواع الجرائم التأديبية كأمثلة لها ، ثم أتى بنص عام قضى فيه بأن يعتبر مخالفة كل خروج على الواجبات الوظيفية أو على مقتضاها . ومن ثم فإن هذا النص والنصوص الأخرى ، هى الركن الشرعى للجريمة التأديبية[5] .

وفضلا عن هذا ، فإن المشرع فوض الإدارة ، وفقاً للمادة ٦٣ من نظام العاملين المدنيين بالدولة (السابق) والمادة ٥٠ من نظام العاملين فى القطاع العام الصادر به القرار بقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ ، فى وضع لوائح

(١) المحكمة الإدارية العليا ١١ فبراير ١٩٦١ س ٦ ص ٦٨٠ و ٢٥ يناير ١٩٥٨ س ٣ ص ٦٣٥ وأول ديسمبر ١٩٦٢ س ٨ ص ٦٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ٤ يناير ١٩٦٤ س ٩ ص ٣٦٢ و ٢٣ نوفمبر ١٩٦٣ س ٩ ص ٧٠ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ٩ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٣ ص ٢١٥ .

(٤) الأستاذ عبد الوهاب البندارى فى مقاله السابق .

(٥) وحتى بالنسبة لمبدأ عدم الرجعية فإنه يطبق أيضاً فى نطاق التأديب بالقدر الضرورى ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى — فى بعض أحكامه — بأن الإجراء التأديبى نفسه لا يجوز أن يسرى بأثر رجعى وإن كان قد قضى بعكس ذلك فى ١٦ أكتوبر ١٩٢٦ سيرى ١٩٢٧ — ٣ — ٨٩ ودالوز ١٩٢٨ — ٣ — ٣٣ .

تتضمن أنواع المخالفات والجزاءات المقررة لها . وهذه اللوائح تمثل أيضاً الركن الشرعى للجريمة وفقاً لمبدأ المشروعية فى المخالفات التأديبية . ولهذا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن واجبات الوظيفة مصدرها المباشر القانون ، وأن التزامات الموظف فى نطاق هذه العلاقة مصدرها القانون مباشرة(١) .

مبدأ الشرعية فى العقوبات التأديبية

٦٥٠ – نص المشرع على العقوبات التأديبية حصراً فى المادة ٥٧ من قانون العاملين المدنيين بالدولة وفى المادة ٤٨ من نظام العاملين فى القطاع العام (٢) المعمول بهما حالياً . ومن ثم فلا يجوز توقيع عقوبة لم ينص عليها(٣) . ولا محل لإعمال أدوات القياس لاستنباط عقوبات تأديبية غير منصوص عليها وإلا لو جاز ذلك فإنه لا يوجد حد يمكن الوقوف عنده (٤) . وإذا أخذ بفكرة الشرعية فى تحديد الجريمة التأديبية فلا يكون ذلك إلا إلى المدى الذى لا يهدر سلطة جهة التأديب التقديرية فى تحديد أوصاف الإثم ، وحتى إذا اتحدت أوصاف الجريمتين الجنائية والتأديبية فإن ذلك لا يخل باستقلال فكرة العقاب التأديبى عن العقاب الجنائى ، ويتمثل ذلك فى سريان كل من العقابين فى فلكه الخاص ، سواء بالنسبة لتكييف الفعل محل المؤاخذة وتوجيه الإجراءات أو توقيع الجزاءات ، فلا ينظر إلى الجريمة التأديبية من زاوية جنائية ، أو يحاسب عليها من حيث أركانها فى ضوء التكييف الجنائى . وتحريك أى من الدعويين الجنائية والتأديبية لا يغل فى الأصل تحريك الدعوى الأخرى ، وصدور حكم من أى الجهتين التأديبية والجنائية لا يقيد الأخرى ، ولهذا لا يعتبر تعدداً فى العقوبة توقيع جزاء تأديبى بجانب العقوبة الجنائية التى يكون قد صدر بها حكم . وإذا أخذ ببعض الضوابط الجنائية فى إجراءات المحاكمة وتوقيع الجزاءات ، فإن هذا لا يعنى تطبيق هذه الضوابط تطبيقاً مطلقاً وبكافة جزئياتها على الخصومة التأديبية ، إذ فضلا عن أنه يقتضى مثل هذا التطبيق

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٥ نوفمبر ١٩٦٤ س ١٠ ص ٤٠ .

(٢) وبالنسبة للعاملين ذوى الكادرات الخاصة ، فقد حدد المشرع فى التشريعات المنظمة لهم ، العقوبات التى يجوز توقيعها عليهم كقانون الشرطة والسلك السياسى ورجال القضاء والنيابة .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ١٢ مارس ١٩٦٦ س ١١ ص ٥٣٢ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا ١٣ مارس ١٩٦٣ س ٨ ص ٤٧٧ .

نص صريح من جانب المشرع ، فإن ما يستوحى من الإجراءات هو فحسب ما تتوافر به ضمانات محاكمة عادلة ؛ وإذا أخضع الجزاء التأديبى لكثير من ضوابط العقوبة الجنائية ، فإن تطبيق هـذه الضوابط لا يصل إلى نفس المدى الذى تبلغه فى التطبيق فى شأن العقوبة الجنائية ، فضلا عن أن كل نظام طائفى لا يكتفى بسلطة عقاب تأديبية ، وإنما هو يمارس بجانب هذه السلطة سلطة عقاب غير تأديبية ، وهو ما يعنى فى الحقيقة اتساع مدى سلطة العقاب فى غير النطاق الجنائى عنها فى النطاق الجنائى.

دور فكرة العقاب فى تحديد معنى الجريمة التأديبية

٦٥١ – يقرر الشراح أن القضاء ، فى نطاق الوظيفة العامة ، يبسط رقابته ليرى ما إذا كانت الوقائع المنسوبة إلى الموظف العام تكون خطأ تأديبياً طبقاً لنص قانونى ما أو طبقاً للمبادئ العامة فى القانون التأديبى . وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى بهذا النظر فى أكثر من حكم (١) . بل وأكثر من هذا يجب على المحكمة أن تبحث قبل أى شىء ما إذا كان النص اللائحى أو القرار الفردى – الذى يحاسَب الموظف على الخروج عليه على أنه جريمة تأديبية – قراراً مشروعاً ، فإذا لم يكن كذلك بأن كان مشوباً بتجاوز السلطة أو بالانحراف ، فإنه لا يمكن اعتبار مخالفة هذا القرار غير المشروع خطأ تأديبياً(٢) .

وبالنسبة لتأديب العمال أكد الفقه والقضاء حق القضاء فى رقابة شرعية القاعدة التى يقال إنه تحقق بانتهاكها الخطأ التأديبى . كما تنصب الرقابة على مادية الوقائع والوجود المادى للخطأ .

وبالنسبة لتأديب المهنيين قضت محكمة النقض الفرنسية أنه يدخل فى ولايتها التحقق مما إذا كانت الأفعال المنحرفة المنسوبة إلى واحد من المشتغلين بالمهن الحرة تتناقض فى ذاتها (أى بطبيعتها) أو فى الظروف التى صاحبتها الالتزامات المهنية . وهذا لا يعنى تسلط القضاء على تكييف الأخطاء فحسب وإنما هو ينصب على مرحلة سابقة على التكييف هى التحقق من الطبيعة الآثمة

(١) انظر مقال ذاتية نظام التأديب للدكتور محمد عصفور ، مجلة إدارة قضايا الحكومة س ٧ ع ٢ ص ٣٥ والأحكام المشار إليها بالهامش .

(٢) يراجع فى هذا المقال الأستاذ Dela gorcssaye الموسوعة الجنائية نبذة ٨٩ ص ٨٠٨ ومقال ذاتية نظام التأديب للدكتور محمد عصفور المرجع السابق ص ٣٥ .

للأفعال ذاتها . ليس هذا فحسب ، بل إنه من المبادئ المقررة والمؤكدة اليوم ، وجوب التحقق من عنصر الإثم فى الجريمة التأديبية ، فلا يحاسب على المخالفة فى ذاتها ما لم تنسب إلى إرادة حرة ، وهو ما يعنى انفعال فكرة المسئولية التأديبية بالأفكار الأساسية فى مجال المسئولية الجنائية ، ولهذا نجد فى مجال التأديب أعذاراً قانونية معفية من المسئولية على غرار تلك التى نجدها فى مجال التجريم ، بل ونجد ظروفاً مشددة ومخففة كما هو الشأن بالنسبة للجريمة الجنائية .

٦٥٢ – فالخطأ التأديبى لا يتمحض مخالفة قانونية ، وليس هو من قبيل الأفعال الضارة أو المهددة بوقوع ضرر فحسب ، وإنما هو دائماً نوع من الإثم أو الذنب ، ولهذا كانت المسئولية التأديبية – كالمسئولية الجنائية – مسئولية أدبية ، وفى عبارة أخرى أنه لا يكفى أن تمثل المخالفة عدواناً على إحدى مصالح المجتمع الصغير الذى تخضع له طائفة بذاتها ، وإنما يجب أن تنطوى بجانب ذلك على معنى الإثم والخطيئة ، وهذه هى السمة المميزة للجريمة التأديبية ، وهى أمر يستفاد حتماً من فكرة « العقاب التأديبى » ، ومن اشتراط الإدراك فى توقيع العقاب . وتترتب على هذا التصوير نتيجة هامة ، هى أنه لا يجوز المحاسبة تأديبياً على كثير من المخالفات أو الانحرافات لتجردها من معنى الإثم أو الذنب ، ولئن بدا فى هذا النظر شىء من التجوز أو المبالغة ، إلا أنه تؤكده شواهد كثيرة فى مجالات التأديب المختلفة :

فمن المقرر فى نطاق العلاقات العمالية أنه لا تتحقق جريمة تأديبية بسبب أية مخالفة للقواعد المنظمة للعمل سواء كان مصدرها القانون أو عقد العمل أو لوائح المصنع . وإنما هناك حالات تتحرك فيها المسئولية المدنية أو الجنائية دون المسئولية التأديبية ، وهو ما يعنى أنه لا يترتب على كل ارتكاب لفعل غير مشروع ، ولو كان ماساً بمصالح رب العمل أو المشروع الخاص ، مسئولية تأديبية .

ومن المقرر أيضاً فى نطاق التأديب المهنى أنه لا تترتب على كل مخالفة للوائح المهنية أو للعقود التى تبرم بين المهنيين وعملائهم مسئولية تأديبية ، وإنما لابد وأن تنطوى المخالفة على وصف من الأوصاف المشينة ، أو فى عبارة أخرى أن ينطوى الانحراف على معنى الإثم أو الذنب أو الخطيئة .

الخطأ فى تفسير القوانين واللوائح

٦٥٣ – هذا النظر المتقدم يجد أوسع تطبيقاته فى مجال الوظيفة العامة ، حيث نجد الكثير من المخالفات الإدارية التى يرتكبها الموظف العام والتى لا تؤدى إلى مساءلة مرتكبها تأديبياً ، نذكر منها على سبيل المثال :

١ – الأخطاء التى يكون مصدرها الخطأ فى التقدير ، سواء لأنها تنصب على خطأ فى تفسير القوانين أو اللوائح أو التعليمات ، أو لأنها تقع فى نطاق فنى بحت ، أو لأنها أخطاء مصلحية بحتة من حيث اتصالها فحسب بالتنظيم الإدارى الداخلى .

٢ – الأخطاء المرفقية الناتجة عن قصور أو سوء تنظيم فى المرفق ذاته .

٣ – الأخطاء التى لا تبلغ حداً من الجسامة ، سواء من الناحية المادية أو الأدبية ، بحيث تستوجب الزجر .

٦٥٤ – وعدم العقاب فى حالة الأخطاء التى يكون مصدرها الغلط فى تفسير القوانين أو اللوائح أو التعليمات مرده – فى رأينا (١) – إلى امتناع المسئولية فى هذه الحالة ، بينما هو فى الحالات الأخرى يرجع إلى أنها لا تنطوى على معنى الإثم أو الذنب .

دور السلطة فى تحديد الجريمة التأديبية

٦٥٥ – إن فكرة السلطة هى جوهر نظام التأديب ، ولقد قيل بحق إن النظام هو روح كل تنظيم ، وأنه فكرة لا غنى عنها فى الوظيفة العامة التى لا تعدو أن تكون تنظيماً رياسياً hiérarchique فبدون التنظيم لا تقوم للوظيفة العامة قائمة . ولقد رد بعض الشراح الفرنسيين معظم الجرائم التأديبية – فى نطاق الوظيفة العامة – إلى هذا المصدر ، فأشاروا إلى ضرورة فهم واجب الطاعة على أوسع مدى ، فلا يقتصر واجب الطاعة على احترام قرار فردى يصدره الرئيس ، أو احترام قرارات جماعية تصدر من السلطات الرياسية (٢) ، أو احترام نص تشريعى أو لائحى ، وإنما هو يمتد أحياناً إلى احترام قاعدة خلقية . فواجب الطاعة يمكن أن يقوم حتى خارج نطاق

(١) قارن الدكتور محمد عصفور فى مقاله السابق ص ٣٨ .
(٢) وهو ما يسمى بالأوامر المصلحية ordres de service .

الأوامر الشفوية أو الكتابية ، وخارج نطاق القرارات الفردية أو الجماعية ، أو خارج نطاق القوانين أو اللوائح المكتوبة حيث يتقيد الموظف العام باحترام مبادئ غير مكتوبة ولا سيما المبادئ الخلقية منها . وهذه الطاعة مفروضة حتى فى مجال الحياة الخاصة للموظف العام وإن كان ذلك بشيء من الاحتياط والحكمة بحيث يراعى مبدأ عدم « تجاوز السور الذى يحيط الحياة الخاصة » ، ولهذا السبب كان العقاب التأديبى منصرفاً أساساً إلى الفضيحة ، أى أن التأثيم أقل انصباباً على الانحراف الشخصى وأكثر انصباباً على شيوعه وذيوعه ، وهو فى الحالين نتيجة انتهاك قاعدة خلقية أو المساس بحسن سمعة الإدارة(١) .

٦٥٦ — بيد أن السلطة وإن كانت مصدراً لكثير من المخالفات التأديبية فى حدود الجماعة الصغيرة التى تقوم عليها ، إلا أنها لا تحمى لذاتها وإنما تضفى على أوامرها الاحترام بسبب رعاية السلطة لمصالح الجماعة الصغيرة وقيمها ، وهذا يعنى بداهة تقيد السلطة بتلك المصالح والقيم وأنها لا تكون مشروعة إلا إذا استهدفت رعايتها ، ومن ثم يختلف الإثمان الجنائى والتأديبى فى طبيعة الإثم ذاته ، ففى حين أن الذنب الجنائى انحراف اجتماعى وخروج على نظام المجتمع كله واعتداء على إحدى قيمه والمساس مساساً إجرامياً بمصالحه ، نجد أن الإثم التأديبى انحراف طائفى فحسب يتمثل فى الخروج على شريعة الجماعة الصغيرة التى ينتمى إليها المخالف أو الاعتداء على إحدى مصالحها ، وإلى تلك الصفة الطائفية وما تفرضه على المنتمين للجماعة الصغيرة من التزامات أدبية لا وجود لأغلبها فى المجتمع الكبير ، تعزى التوسعة فى المدى الذى تبلغه الجريمة التأديبية وهذا هو السبب فى إمكان محاسبة الشخص تأديبياً عن أفعال ينادى المنطق القانونى المجرد بعدم جواز العقاب عليها ، ويتمثل ذلك فى طائفتين كبيرتين : أولاهما طائفة من الأخطاء يحاسب الشخص عليها على الرغم من وقوعها فى وقت لم تقم فيه رابطة بالطائفة أو حيث تكون الرابطة قد انتهت ، بل وهو لا يستطيع أن ينجو من المساءلة عن ذنوب اقترفها بقطعه الاختيارى للرابطة التى تقوم بينه وبين الطائفة . وثانيتهما طائفة

(١) يراجع فى هذا مؤلف الأستاذ Chavanon عن الموظف العام ج ٢ ص ١٢٦ — ١٢٨ .

من التصرفات بعيدة عن صفته الطائفية ، يرتكبها بوصفه فرداً من آحاد الناس ، وقد تكون تصرفات شخصية محضة أو منقطعة الصلة بواجباته ورغم ذلك يحاسب عليها تأديبياً ، وتشمل هذه الطائفة من الأخطاء بعض الجرائم الجنائية التى لا تتصل بعمله ، والانحرافات الشخصية التى تؤثر على مركزه الطائفى أو تمس اعتبار الطائفة(١) .

وجه الاختلاف بين العقوبة الجنائية والجزاء التأديبى

٦٥٧ — أشار الشراح إلى أن الجزاءين الجنائى والتأديبى يختلفان اختلافاً كبيراً من حيث النظام القانونى ، فلئن خضعا ظاهريا لنفس المبدأ ، وهو مبدأ شرعية العقوبة ، إلا أنهما يختلفان فى مداه . فقد قيل بالنسبة للموظفين العامين إنه لا يلزم أن تكون الجزاءات التأديبية مقررة بنصوص قانونية ، لأنه لا يشترط أن تتقرر الجزاءات الإدارية بقانون ، وإنما يكفى أن ينص عليها فى اللوائح التنظيمية بعكس الحال بالنسبة للجرائم والعقوبات فإنها تقرر وتحدد بنص القانون تطبيقاً للقاعدة الدستورية العامة « لا عقوبة ولا جريمة بدون نص »(٢) . كما أن مبدأ شرعية العقوبة الموجه إلى القاضى الجنائى ، ومفاده أن هذا القاضى لا يستطيع أن يختار فى حرية بين العقوبات المنصوص عليها فى قانون العقوبات إذ أن كل جريمة معاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها فيه ، هذا المبدأ لم يأخذ به النظام التأديبى الذى يقوم فى صورته التقليدية على أساس التسليم للسلطة التأديبية باختصاص تقديرى واسع فى شأن اختيار أكثر العقوبات ملاءمة من بين مراتب العقوبات التأديبية المتفاوتة ، وهى تستطيع أن توقع أية عقوبة من تلك العقوبات مهما بلغت شدتها بالنسبة لأى خطأ تأديبى مهما كان خفيفاً . ومع ذلك فإن هوة الخلاف الواسعة ظاهرياً بين شرعية الجزاء التأديبى وشرعية العقوبة الجنائية يضيق منها كثيراً من الناحية العملية أمر يتصل بواقع نظام التأديب ، ذلك أن شعور جهة الإدارة أو سلطة التأديب بقيام رقابة قضائية يدفعها إلى أن تتحرز من الغلو والإسراف ، وحتى فى فرنسا حيث استقر القضاء الإدارى على عدم

(١) انظر المقال السابق الدكتور محمد عصفور ص ص ٤١ — ٤٢ .
(٢) الدكتور محمد فؤاد مهنا ، القانون الإدارى المصرى والمقارن ١٩٥٧ ص ٢٩٢ .

رقابته على التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء التأديبي ، باعتباره داخلا في سلطة الملاءمة ولا يخضع لرقابة المشروعية ، يفرض القضاء رقابة أشد بالنسبة لمشروعية قرار العزل أكثر من تلك التي يفرضها على مشروعية جزاء أخف مثل اللوم . بيد أن اعتبارات العدالة ، لا القانون ، هي التي تملي عليه هذا الاتجاه . أما محكمتنا الإدارية العليا فقد أخذت بغير هذا النظر ، فاعتبرت في أحكامها الحديثة عدم التناسب بين الجريمة التأديبية والجزاء التأديبي مخالفة قانونية تعيب الجزاء التأديبي بعيب عدم المشروعية(١) . كما استقرت أحكامها على أن مناط مشروعية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب في ذلك على السلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية ، ألا يشوب استعمالها غلو ، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره ، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ، ومن ثم يخضع لرقابتها التي يخضع لها أيضاً تعيين الحد الفاصل بين النطاقين . فقضت بأن خلوة المتهم (مدرس) في غرفة بأحد الفنادق بزميلة له وإن كان يعد خروجاً على تعاليم الدين وتقاليد المجتمع التي لا يمكن أن تسمح بمثل هذه الخلوة بين رجل غير محرم وأنثى ، إلا أنه لا يبلغ حداً من الجسامة بحيث يستأهل عقوبة العزل(٢) .

العلاقة بين الذنب التاديبي والجريمة الجنائية

٦٥٨ – تستقل الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية ، ولا يخل بهذا الاستقلال قيام ارتباط بين الجريمتين(٣) . كما أن صدور حكم البراءة في جريمة جنائية نسبت إلى موظف لا يمنع من مساءلته عن الفعل الذي وقع منه إذا كان لا يتفق ومقتضيات السلوك الوظيفي فيكون ذنباً يجوز مساءلته عنه بطريقة المحاكمة التأديبية(٤) . وحتى إذا بني الحكم الصادر من المحكمة

(١) الدكتور محمد عصفور في مقاله السابق ص ٩٢ .

(٢) ٦ فبراير ١٩٦٥ رقم ٢٩٢ م ص ٢٩٨ من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات (١٩٥٥ – ١٩٦٥) ج ١ للأستاذ أحمد سمير أبو شادي .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٧ ديسمبر ١٩٥٨ ، المرجع السابق رقم ٢٩٦ ص ٣٠٢ .

(٤) ٢٤ يناير ١٩٥٩ وفي ١٨ يناير ١٩٦٤ المرجع السابق رقم ٢٩٨ ص ٣٠٤ .

الجنائية على الشك وعدم كفاية الأدلة ، ولم يستند إلى عدم صحة الواقعة أو عدم الجناية ، فهذا لا يرفع الشبهة عن الموظف نهائياً ولا يحول دون محاكمته تأديبياً وإدانة سلوكه الإداري من أجل هذه التهمة عينها على الرغم من حكم البراءة(١) . والحكم بالعقوبة الجنائية لا يمنع الجهة الإدارية من محاسبة الموظف على المخالفات الإدارية التي ينطوي عليها الفعل الجنائي(٢) . وشيوع التهمة وإن كان يعتبر سبباً للبراءة من العقوبة الجنائية إلا أنه لا ينهض على الدوام مانعاً من المؤاخذة التأديبية(٣) . والقرار الصادر من النيابة العامة بحفظ التهمة الجنائية لعدم كفاية الأدلة لا يمنع من المؤاخذة التأديبية متى قام موجبها(٤) . وللإدارة حق توقيع الجزاء التأديبي دون انتظار نتيجة المحاكمة الجنائية أو إرجاء النظر في المحاكمة التأديبية إلى أن يفصل في المحاكمة الجنائية حسبما تراه ملائماً(٥) . ولا مانع يمنع النيابة الإدارية كذلك من تحديد المسئولية الإدارية الناتجة عن الواقعة الجنائية والسير في إجراءات محاكمة الموظف تأديبياً دون انتظار التصرف النهائي في الدعوى الجنائية(٦) . هذا وغني عن البيان أنه لا يجوز للقرار التأديبي أن يعود للمجادلة في إثبات واقعة بذاتها سبق لحكم جنائي حاز قوة الأمر المقضي أن نفى وقوعها ، فلا يجوز للمجلس التأديبي أن يصدر قراراً بالإدانة على أساسها ، إلا أن هذا لا يمنع من محاكمة الموظف تأديبياً عن الأخطاء المسلكية الأخرى عند ثبوتها ما دام ليس ثمة تعارض بين الإدانة في تلك الأخطاء وبين الحكم الجنائي القاضي بالبراءة فيما أقام عليه قضاءه(٧) .

(١) ٨ مارس ١٩٥٨ المرجع السابق رقم ٣٠٠ ص ٣٠٥ .

(٢) ٢٢ ديسمبر ١٩٦٢ المرجع السابق رقم ٣٠١ ص ٣٠٥ .

(٣) ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ المرجع السابق رقم ٣٠٤ ص ٣٠٧ .

(٤) أول مارس ١٩٥٨ و ٢١ إبريل ١٩٦٢ رقم ٣٠٧ و ٣٠٨ ص ٣٠٨ – ٣٠٩ من المرجع السابق . وانظر حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا قضت فيه بسلامة جزاء عزل الموظف رغم حفظ النيابة التحقيق الجنائي لتفاهة المبلغ المختلس – ١١ مايو ١٩٦٣ رقم ٣٠٩ ص ٣١٠ من ذات المرجع .

(٥) ١٨ يناير ١٩٦٤ رقم ٣١٢ ص ٣١٢ من المرجع السابق .

(٦) ٢٠ فبراير ١٩٦٥ رقم ٣١٢ م ص ٣١٢ – ٣١٤ من المرجع السابق .

(٧) ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٠ رقم ٣١٥ ص ٣١٦ من المرجع السابق .

الفصل الثالث

قانون العقوبات

تمهيد

٦٥٩ – رأينا فيما سبق كيف أن تأثير الدين على التشريع الجنائى يكاد يكون معدوماً فى غالبية الدول ، وعلى العكس من ذلك فلا تزال الشريعة الإسلامية هى المصدر الأساسى لأحكام القانون الجنائى[1] فى بعض الدول العربية كالمملكة السعودية والجمهورية اليمنية . أما الدول العربية الأخرى فعلى الرغم من أنها أخذت تشريعها الجنائى عن قوانين الدول الأوربية إلا أنه بقيت فيه آثارة من الشريعة الإسلامية ، فالمادة السابعة من قانون العقوبات المصرى تقضى بأنه «لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء»[2] . وقد جاء فى التعليقات

(١) يستعمل اصطلاح « القانون الجنائى » نسبة إلى الجناية وهى أخطر الجرائم . وقد نشأ هذا الاصطلاح لدى الرومان حيث كانت الجنايات وحدها من جرائم القانون العام أما الجنح فكانت من جرائم القانون الخاص أما الآن فالإجماع منعقد على أن الجنح والمخالفات شأنها شأن الجنايات كلها تمس الصالح العام . وغنى عن البيان أن الاصطلاح المذكور ليس له أى مدلول فى الدول التى استعاضت عن التقسيم الثلاثى للجرائم بتقسيم ثنائى مثل القانون الإيطالى الذى يقسم الجرائم إلى جنح ومخالفات – انظر Telbie Deloge, la loi pénale et son application, Le Caire 1956—1957 p. 241.

وقد اعترض على التعبير بقانون العقوبات بأنه لا يشمل التدابير الاحترازية كالوضع فى ملجأ أو إصلاحية أو تسليم الصغير لولى أمره ، وقد أخذت بهذا النظر لجنة توحيد قانون العقوبات فأطلقت على مشروعها « القانون الجزائى » – انظر ملاحظات الدكتور محمود مصطفى على هذا المشروع ، مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٠ .

(٢) وتقابلها فى قانون العقوبات العراقى م ٣ والليبى م ١٤ . ومن آثار الشريعة الإسلامية فى التشريع الجنائى كذلك ما نصت عليه م ٣٨١ / ٢ من قانون الإجراءات الجنائية عندنا من أنه لا يجوز لمحكمة الجنايات أن تصدر حكماً بالإعدام إلا بإجماع آراء أعضائها قبل أن تصدر هذا الحكم أن تأخذ رأى مفتى الجمهورية ويجب عليها قبل أن تصدر هذا الحكم أن تأخذ رأى مفتى الجمهورية ويجب إرسال أوراق القضية إليه فإذا لم يصل رأيه إلى المحكمة خلال عشرة الأيام التالية لإرسال الأوراق إليه حكمت المحكمة فى الدعوى » . وتقابلها م ٢٤٥/٢ =

على هذه المادة أن ما فعله المشرع لا يخرج عن تعيين درجات العقوبة التى لأولياء الأمر تقريرها شرعاً ، وهذا يعنى أن قانون العقوبات لا يمس العقوبات المحددة بنص القرآن الكريم وهى قليلة ، وإنما يتناول تحديد العقوبات فى جرائم التعزير وهو ما ترك لتقدير أولى الأمر بما يتناسب وظروف الزمان والمكان . وإذا أضيف إلى هذا أن الشريعة الإسلامية تطلبت شروطاً لتطبيق العقوبات المحددة فى القرآن قلما تتوافر ، الأمر الذى يستتبع تطبيق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها فى قانون العقوبات ، فإنه يخلص لنا أن أحكام قانون العقوبات لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية[1] .

ويتكون قانون العقوبات من مجموعة القواعد التى تسنها الدولة لتبين ما يعد جريمة وما يفرض لها من عقوبة . والتعبير عن هذه القواعد بقانون العقوبات يبرره أن هذا القانون يتميز عن فروع القانون الأخرى بما يقرره من عقوبات .

قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية

٦٦٠ – قانون الإجراءات الجنائية هو مجرد أداة تطبيق قانون العقوبات . وهو لا يحتوى على مجرد شكليات معينة وإنما ينظم الأعمال الإجرائية التى يتعين مباشرتها للوصول إلى توقيع الجزاء الجنائى على مرتكب الجريمة وهو ما يتسع لكافة الشروط الموضوعية والشكلية لهذه الأعمال سواء بسواء . وثمة اصطلاح شائع هو إطلاق « القواعد الموضوعية » على قواعد قانون العقوبات ، وهذا الاصطلاح يصدق على الجانب الموضوعى منه الذى يحدد الجرائم والعقوبات وما يتصل بها من حيث تعيين مجال تطبيقها وأسباب الإباحة وموانع المسئولية والعقوبات . ومن الأهمية بمكان أن نفرق بين قواعد العقوبات وقواعد الإجراءات الجنائية[2] ، ذلك أن القياس لا يجوز فى

= من قانون الإجراءات الجنائية الليبية . وهذا الإجراء يدخل فى روع المتهم اطمئناناً إلى أن الحكم صدر أيضاً وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية . وقلما يختلف رأى المفتى عن رأى المحكمة فإن اختلف فإن محكمة الجنايات لا تتقيد برأى المفتى وليست مكلفة بالرد عليه – نقض جنائى ٢١ مايو ١٩٥١ س ٢ ص ١١٢٠ و ١٥ مارس ١٩٦٠ س ١١ ص ٢٤٢ .

(١) عبد العزيز عامر ، التعزير فى الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه .

(٢) والتعبير بقانون الإجراءات الجنائية هو الآخر غير دقيق إذ لا يشتمل على مجرد =

الأولى ويجوز فى الثانية(١) . وفى حالة تتابع القوانين يطبق القانون الأصلح

ـــ إجراءات بل قواعد لا تتعلق بالجنايات وحدها وقد درجت التشريعات الحديثة على تسميته بقانون خصومة العقاب ثم تحدد بأنه هو القانون الذى يتولى تنظيم الخصومة الجنائية وما ينشأ فيها من علاقات إجرائية مدنية تبعية والإجراءات اللازمة لتنفيذ حق الدولة فى العقاب . وإذا نظرنا إليه من وجهة موضوعية تبين أنه يشتمل على قواعد مقرر لها جزاءات إجرائية كالبطلان والسقوط وعدم القبول . ومن وجهة النظر الشخصية ، تنشىء نصوص قانون الإجراءات روابط قانونية بين القاضى والنيابة والمتهم على مسرح الدعوى العمومية ، وهذا النوع من الروابط يستقل عما تنشئه قواعد قانون العقوبات ، ولا تلازم بين النوعين : فقد تقع الجريمة وتنشأ سلطة العقاب ولا ترفع الدعوى ، وقد ترفع الدعوى ويقضى بالبراءة لعدم نشوء سلطة العقاب — دى لوجو ، قانون العقوبات وتطبيقه ، المرجع السابق ص ١٣١ . والقواعد الإجرائية الجنائية هى قواعد قانونية تتوافر فيها عناصر العمومية والتجريد والإلزام ومثاله جواز ضبط المتهم وإحضاره بالقوة أمام المحقق إذا رفض الحضور وقد يترتب على مخالفة القاعدة الإجرائية جزاء عقابى ومثال ذلك القواعد التى تعاقب الشاهد على امتناعه عن الإدلاء بشهادته وفى هذه الحالة تتصف هذه القواعد بالخصيصة العقابية فضلا عن خصيصتها الإجرائية . وقد يترتب على المخالفة جزاء مدنى مثل الحكم بمصادرة الكفالة التى يودعها الطاعن بطريق النقض إذا لم يقبل طعنه أو قضى برفضه أو بعدم جوازه أو بسقوطه (م ٣٦ من قانون النقض) . وقد يترتب على المخالفة جزاء تأديبى كما هو الحال فى القواعد التى تخاطب موظفى الدولة المكلفين بواجبات فى الوظيفة الجنائية كالقاضى ومساعديه وأعضاء النيابة ومساعديهم . وثمة جزاءات إجرائية تتمثل فى إهدار الأثر القانونى للإجراء المخالف للقاعدة الإجرائية — د . فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ ص ٥ ويذهب البعض إلى أن القواعد الإجرائية الجنائية هى قواعد آمرة — د . عبد الفتاح الصيفى ، تأصيل الإجراءات الجنائية ١٩٦٩ ص ٢٢ . ويعتمد هذا الرأى على أن صفة « الأمر » فى القاعدة الإجرائية الجنائية تنبثق من التزام الشخص الإجرائى باحترام ما تتضمنه القاعدة الإجرائية الجنائية موضوعاً وشكلا . بيد أنه يلاحظ أن الإلزام من أركان القاعدة القانونية بجميع أنواعها وليس القواعد الآمرة وحدها .

(١) من أمثلة تفسير قانون الإجراءات الجنائية بطريق القياس ما حكم به فى فرنسا من إبطال الاعتراف الذى حصل عليه البوليس بطريق التليفون قياساً على المبادىء العامة لحقوق الدفاع . Crim, 12 juin 1952, s. 1954—1—69

وفى هذا المعنى قضت المحكمة العليا الليبية بالحكم بسقوط الطعن المرفوع من المتهم الذى يهرب من السجن بعد بدء التنفيذ عليه وقبل أن تفصل المحكمة فى طلبه وذلك قياساً على المادة ٣٩٥ إجراءات ليبى التى نصت على سقوط الطعن المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة ، كما قررت محكمة النقض جواز تفسير قانون الإجراءات الجنائية بطريق القياس حين قضت بوجوب تقديم شكوى من المجنى عليه فى جريمتى الغصب وخيانة الأمانة إذا وقعتا من الجانى إضراراً بزوجه أو زوجته ـــ

إذا كان من قوانين العقوبات بينما تسرى قوانين الإجراءات بأثر مباشر ، وهكذا . وإذا كان قانون العقوبات يتميز بطابع خاص سواء فى تجريم الأفعال أو فى تقدير العقاب عليها فليس معنى هذا أنه يستقل عن غيره من فروع القانون ، فكلها تعمل متعاونة لحماية المصالح المشتركة للمجموع ، ومن مظاهر هذا التعاون أن قانون العقوبات يدعم بعض أحكام القوانين الأخرى بالجزاء ، كما أنه يعتمد على القوانين الأخرى — فى حالة خلوه من النص — فى حل المسائل الفرعية التى يتوقف عليها قيام الجريمة أو عدم قيامها(١) : ففى تطبيق نصوص الرشوة واختلاس الأموال يرجع إلى تعريف الموظف العمومى فى القانون الإدارى ، وفى تطبيق المادتين ٣٢٣ و ٣٤٢ يرجع فى قيام الحجز إلى قانون المرافعات ، وفى إعمال المادة ٣٣٧ يرجع إلى القانون التجارى لمعرفة ما إذا كانت الورقة التجارية شيكاً أو كمبيالة ، وهكذا يبين أن قانون العقوبات فرع فى النظام القانونى له مجاله الخاص يتعاون به مع الفروع الأخرى على تحقيق المصلحة العامة(٢) .

ـــ أو أصوله وذلك قياساً على نص المادة ٣١٢ عقوبات بشأن تقييد سلطة النيابة العامة فى رفع الدعوى الجنائية فى جريمة السرقة بشكوى من المجنى عليه إذا وقعت من الجانى إضراراً بأحد هؤلاء — نقض ١٠ نوفمبر ١٩٥٨ س ٩ ص ٨٩١ .

(١) أنظر نقض جنائى ٤ نوفمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ ص ٢٨٠ و ٢٢ ديسمبر ١٩٥٢ س ٤ ص ٢٧٣ و ٦ يناير ١٩٥٦ س ٧ ص ٣٢٩ و ١٤ إبريل ١٩٥٩ س ١٠ ص ٤٢٧ . وتعتبر محكمة النقض قواعد التقادم متعلقة بقانون العقوبات تعويلا على أنه إذا صدر قانون جديد يقصر مدة التقادم فإنه يسرى من يوم صدوره إذا اكتمل بناء عليه تقادم الدعوى عملا بالمادة ٥ / ٢ من قانون العقوبات لأن الفعل عندئذ يصبح غير معاقب عليه — نقض ٢٥ مارس ١٩٥٢ س ٣ ص ٦٢٨ و ١١ يناير ١٩٥٤ س ٥ ص ٢٣٩ . ومؤدى هذا أن قواعد التقادم ترتب أثراً سلبياً فتمنع تطبيق العقوبة شأنها فى ذلك شأن قاعدة القانون الأصلح وهى قاعدة من قواعد العقوبات بلا شبهة . كذلك الشأن بالنسبة لتأثير وفاة المتهم أو المحكوم عليه أو العفو ، فتأثير كل منهما على الدعوى والعقوبة هو تأثير غير مباشر . وكذلك أحكام الشكوى والتنازل عنها والإفراج الشرطى ورد الاعتبار كلها تتعلق بقانون العقوبات فتسرى عليها قواعده ومنها تطبيقها بأثر رجعى متى كانت أصلح للمتهم أو المحكوم عليه ، ذلك أنها جميعها تؤثر فى سلطة الدولة فى العقاب .

(٢) والصحيح أن قانون العقوبات فرع من القانون العام سواء بالنظر إلى طبيعة المصالح التى يحميها أو بالنظر إلى صفة الأشخاص الذين يرتب بينهم روابط قانونية . ـــ

قانون العقوبات والقانون الدولى العام

٦٦١ – قد تعترض القاضى مسألة فرعية تتعلق بأحكام القانون الدولى كتعريف حالة الحرب أو سلطة الدولة المحاربة فى الاستيلاء على أموال الأفراد وما إلى ذلك ، فهل يتقيد القاضى بالعرف الدولى ولو خالف حكماً فى القانون الداخلى ؟ ثمة رأى بأن أحكام القانون الداخلى تعلو على أحكام القانون الدولى ، فما لم ينص فى القانون الداخلى على إعمال القاعدة الدولية لا يلزم بها الأفراد . وهو رأى متعصّب لفكرة سيادة الدولة على إقليمها . وقد قررت محكمة النقض عندنا أن « القانون الجنائى قانون جزائى له نظام قانونى مستقل عن غيره من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية إذ يرمى من وراء العقاب إلى الدفاع عن أمن الدولة وحماية المصالح الجوهرية فيها ، وعلى المحكمة عند تطبيقه فى جريمة منصوص عليها فيه وتوافرت أركانها وشروطها أن تتقيد بإرادة الشارع فى هذا القانون الداخلى ومراعاة أحكامه التى خاطب بها المشرع القاضى الجنائى فهى الأولى فى الاعتبار بغض النظر عما يفرضه القانون الدولى من قواعد أو مبادئ يخاطب بها الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية »(1) . بيد أن الراجح لدى الفقهاء أن القانون الدولى يعلو على القانون الداخلى فله السيادة كما أن للدستور سيادة على فروع القانون الداخلى ، ذلك أن للدول هدفاً مشتركاً فى تحقيق الأمن والطمأنينة وهذا لا يتأتى إلا بتعاونها على ذلك بمكافحة الجرائم . ويتأدى من ذلك أن على الدولة أن تجعل قانونها الداخلى متسقاً مع أحكام القانون الدولى إما بالنص على هذه الأحكام أو الإحالة عليها . وبدهى أنه لا يسوغ لدولة أن تضمّن قانونها الداخلى أحكاماً

= فقانون العقوبات لا يقصد بتجريم السرقة والإتلاف حماية مصلحة فردية لصاحب المال ولا يهدف بتجريم القتل والضرب إلى حماية القتيل أو المضروب وإنما يرمى إلى حماية حق الملكية وحق الحياة وحق الإنسان فى سلامة جسمه تأميناً للمجتمع ، ولو كان قانون العقوبات يحمى حقوقاً خاصة لانبنى عليه أن يكون لصاحب الحق أن يتصرف فيه وأن يتنازل بالتالى عن حماية القانون له ، وهو غير جائز . ولا يجوز للنيابة أيضاً أن تتنازل عن الدعوى العمومية أو تتصالح فيها ولا يجوز للقاضى أن يرتب على ذلك أثراً بل ينظر الدعوى ويحكم فيها على مقتضى أحكام القانون شكلية ومادية .

(1) نقض جنائى ١٣ مايو ١٩٥٨ س ٩ ص ٥٠٥ . ومع ذلك قارن نقض ١٩ فبراير ١٩٥٩ س ١٠ ص ١٦٩ .

متعارضة مع أحكام القانون الدولى ، فإذا خلا القانون الداخلى من نص أو إحالة وجب إعمال أحكام القانون الدولى(1) .

وننتقل الآن بعد أن فرغنا من هذا التمهيد إلى دراسة المبدأ موضوع البحث فى قانون العقوبات وفق المنهج الذى التزمناه فى فروع القانون السابقة ، فنبدأ بالقاعدة الجنائية ومصادرها وطرق تفسيرها ، ثم نعرج على أثر الجهل بها وبغيرها من القواعد القانونية الأخرى فى المسئولية الجنائية .

المبحث الأول

القاعدة الجنائية

٦٦٢ – يتكون قانون العقوبات من مجموعة من القواعد الجنائية الموضوعية ، بعضها يجرم السلوك فى حالات معينة ، ويبيح البعض الآخر السلوك المكون للجريمة إذا ارتكب فى حالات أخرى حددها القانون . وأياً كان مضمون القاعدة الجنائية فإن لها خصائص كل قاعدة قانونية : التعميم والتجريد وكونها صادرة من سلطة تملك إصدارها وكونها ذات شقين ، تكليف وجـــزاء .

الخصائص الذاتية للقاعدة الجنائية

٦٦٣ – وإلى جانب تلك الخصائص العامة ، تتميز القاعدة الجنائية بخصائص ذاتية أخرى هى : ١ – أنها من قواعد القانون العام لا الخاص . ٢ – وأنها من قبيل القواعد الآمرة لا تقبل الاتفاق على مخالفتها وذلك على العكس من القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين فى مجال القواعد المدنية ، فقواعد القانون الجنائى جميعها ملزمة للسلطة العامة بأن تعمل بموجبها وملزمة للمخاطب بها بأن يمتثل لما تتضمنه من تكاليف وإلا حق عليه الخضوع لما تتضمنه من جزاء . ٣ – وأنها من قبيل القواعد « المقومة » لسلوك الإنسان ،

(1) دى لوجو ، المرجع السابق فقرة ١٣ . وقد تقدم القانون الحبشى على غيره من القوانين فأفرد فصلا للجرائم الماسة بالجماعات كجرائم إبادة الجنس والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب ضد المدنيين والالتجاء فى الحرب إلى وسائل غير مشروعة والاعتداء على الأسرى (المواد ٢٨١ – ٢٩٥) – انظر محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ط ٦ ص ١٢ .

ويتحقق التقويم عند ما تجد القاعدة أن هذا السلوك كان قميناً أن يكون على نحو آخر أفضل ، وهو ما يترتب عليه المساس بالحياة المشتركة بين من صدر عنه السلوك وبين الجماعة التي هو فرد من أعضائها . ٤ – وأنها صادرة عن الدولة ، تضعها السلطة التشريعية أو تفوض السلطة التنفيذية في وضع بعضها في حدود معينة . وسنرى عند معالجتنا لمبدأ الشرعية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقاعدة قانونية وضعتها الدولة على هذا النحو ، ولهذا حق القول بأن القاعدة الجنائية قاعدة مكتوبة إذ لا سبيل للعرف إلى التجريم .

القاعدة الجنائية والنص الجنائي

٦٦٤ – عند ما يريد الشارع إخضاع مركز معين لقانون العقوبات سواء بتجريمه أو بإباحته بعد أن كان مجرماً ، فإنه يعمد إلى « النصوص » أو « المواد » يودعها « القواعد الجنائية التي تعبر عن إرادته . وقد يتضمن النص الواحد قاعدة قانونية أو أكثر من القواعد الجنائية وفي هذه الحالة يوصف النص بأنه « كامل » أو « تام » ، ومن أمثلة ذلك المادة ٢٣٣ عقوبات مصرى التي تعاقب بالإعدام القتل بالسم . ومن جهة أخرى فقد لا يستوعب النص القاعدة الجنائية بأكملها ، وحينئذ تتوزع القاعدة الجنائية بين أكثر من نص يطلق عليه وصف النص « غير الكامل » أو « غير المستوعب للقاعدة » ، ومن أمثلة ذلك المادة ١٦٦ عقوبات التي تجرم إتلاف الخطوط التليفونية التي تنشئها الحكومة أو ترخص بإنشائها لمنفعة عامة . تضمنت هذه المادة شق التكليف بينا أحالت إلى المواد الثلاث السابقة عليها لتحديد الجزاء المقرر لهذه الجريمة . هنا توزعت القاعدة الجنائية على أكثر من نص استأثر أحدها بتحديد التكليف وتكفلت نصوص ثلاثة أخرى بتحديد الجزاء .

أنواع القاعدة الجنائية

٦٦٥ – تنقسم القواعد الجنائية إلى عدة أقسام تختلف باختلاف الأساس الذي يقوم عليه كل تقسيم ، فمن حيث مضمونها يمكن تقسيمها إلى فئتين :

(١) ويؤثر الدكتور عبد الفتاح الصيفي تسمية القاعدة الجنائية التي لا يستوعبها نص واحد بالقاعدة الجنائية الموزعة وهي غير القاعدة الجنائية على بياض **Norme in bianco** – انظر القاعدة الجنائية ١٩٦٧ ص ٣٨ – ٤٠ .

١ – قواعد « مجرِّمة » ويطلق عليها بعض الفقهاء الألمان تسمية القواعد « المانعة » ، ومن أمثلتها كل قاعدة تنشئ الجريمة كالقواعد التي تجرم القتل والسرقة وتلك التي تجرم إنكار القاضي للعدالة بامتناعه عن إصدار حكم في الدعوى المطروحة أمامه . ٢ – وقواعد « مبيحة » أو « مبررة » وهي التي تبيح الفعل أو تبرره ، ويسميها الفقه الألماني بالقواعد « المانحة » ، ومن أمثلتها القواعد التي تعالج الدفاع الشرعي وممارسة الحق واستعمال السلطة[1] .

٦٦٦ – ومن حيث اعتماد القاعدة الجنائية على نفسها أو على غيرها تنقسم إلى : ١ – قواعد جنائية مستقلة أو من الدرجة الأولى ، ومن أمثلتها القواعد التي يتضمنها القسم الخاص من قانون العقوبات كالقواعد التي تجرم القتل والإيذاء والسرقة والنصب . ٢ – وقواعد جنائية تابعة لقواعد جنائية غيرها أو قواعد الدرجة الثانية ، وهي قواعد لا تنطبق إلا إذا اتكأت على قواعد جنائية غيرها ، ومن أمثلتها قواعد القسم العام من قانون العقوبات ، كالقواعد الخاصة بالمساهمة الجنائية . فإذا أسهم شخصان في جريمة سرقة مثلا فإنهما يخضعان لقاعدتين جنائيتين أولاهما مستقلة وهي الخاصة بجريمة السرقة ، والأخرى تابعة وهي الخاصة بالمساهمة الجنائية . ويتجه المشرع في القواعد التابعة بالخطاب إلى السلطة المكلفة بتطبيق القواعد المستقلة حتى تضع في تقديرها القاعدتين معاً ، أي يخاطب بها القاضي حتى يعمل القاعدتين معاً . وتنقسم القواعد التابعة إلى[2] :

١ – قواعد موجهة ، وهي القواعد التي تضع مبدأ أو معياراً ينبغي تطبيقه عند التصدي لمركز قانوني معين . فالقاعدة الجنائية التي تشير إلى أن

(١) المرجع السابق ص ٤١ . ويطلق البعض على هذا التقسيم قواعد إيجابية تحدد الجريمة والعقوبة وأخرى سلبية تحدد أسباب الإباحة . ونحن مع الدكتور الصيفي في أن هذين المصطلحين يثيران اللبس بينهما وبين مضمون التكليف الذي قد يكون إيجابياً « تكليفاً بعمل » كما قد يكون سلبياً « تكليفاً بامتناع عن عمل » ولهذا نؤثر معه وصف هذه القواعد بأنها مجرمة أو مانعة من جهة ، ومبيحة أو مانحة من جهة أخرى .

(٢) انظر الدكتور عبد الفتاح الصيفي في « الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية » رسالة دكتوراه ١٩٥٨ فقرة ١٠٢ – وانظر أيضاً :
Delogu, les Causes de justification, Cours de doctorat, Alexandrie 1952, p. 35.

عقوبة الحبس فى الجنح تبدأ ، فى القانون الجنائى المصرى ، من يوم (١) حتى ثلاث سنوات ، هذه القاعدة توجيهية لأنها تنطوى على توجيه يجب الأخذ به عند تطبيق أية قاعدة جنائية يرتب لها المشرع عقوبة الحبس دون أن يحدد حديه الأدنى والأقصى .

٢ ـ قواعد معلنة أو موضحة أو شارحة لغيرها ، ومن أمثلتها القواعد التى تحدد المقصود بعبارة معينة استخدمها المشرع فى قاعدة جنائية أخرى . فالمادة ١٠٣ عقوبات(٢) وما بعدها تجرم فعل الارتشاء إذا صدر عن « موظف عمومى » . ولم يشأ المشرع أن يترك تعريف الموظف العمومى لقواعد القانون الإدارى فتصدى له صراحة فى المادة ١١١ عقوبات وشرح المقصود فى هذا المصطلح بقوله « يعد فى حكم الموظفين فى تطبيق نصوص هذا الفصل : المستخدمون وأعضاء المجلس النيابى وكل شخص مكلف بخدمة عامة » (٣) .

٣ ـ قواعد موسعة من مجال تطبيق غيرها ، وهى قواعد تسحب حكم القاعدة المستقلة أو القاعدة الأم ، إلى مجال ما كانت لتصل إليه وحدها ، ومن أمثلتها نذكر تلك التى تعالج المساهمة الجنائية . فالمساهمة فى السرقة مثلا من شأنها أن تمد من مجال القواعد الخاصة بجريمة السرقة إلى صور هى فى جوهرها لا تدخل تحت الأنموذج القانونى لجريمة السرقة ، وهى التحريض على السرقة أو الاتفاق عليها أو المساعدة فى ارتكابها .

٤ ـ قواعد مضيقة من مجال تطبيق غيرها أو محددة له ، ومن أمثلتها القواعد التى تعالج سريان القواعد الجنائية من حيث الزمان إذ تحدد المجال الزمنى لتطبيقها .

٥ ـ قواعد إحالة ، وهى قواعد تحيل إلى قواعد أخرى غيرها ، ومن أمثلتها المادة ٣ عقوبات مصرى التى تحيل إلى « قانون البلد التى ارتكبت فيه الجريمة خارج الدولة » ليحدد ما إذا كان الفعل معاقباً عليه حيث وقع أو غير معاقب عليه .

---

(١) فى القانون الجنائى اللبنانى تبدأ من عشرة أيام .

(٢) تقابل المادة ٣٥١ من قانون العقوبات اللبنانى .

(٣) المادتان ٣٤٠ سورى ، ١٦٩ أردنى .

٦ ـ قواعد فاصلة فى التنازع فى الاختصاص بين قاعدتين أخريين أو أكثر ، ومن أمثلتها المادة ٣٢ عقوبات مصرى التى تحسم تنازعاً بين قاعدتين : أولاهما خاصة بالجريمة ذات العقوبة الأقل جسامة ، وثانيتهما خاصة بالجريمة ذات العقوبة الأشد جسامة ، فتشير هذه المادة إلى تطبيق القاعدة الثانية وحدها .

٧ ـ قواعد مفسرة لغيرها ، ومن أمثلتها المادة ٤٨ عقوبات التى تفسر معنى الاتفاق الجنائى بأنه « اتحاد شخصين فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة . . . » .

ذاتية القاعدة الجنائية

٦٦٧ ـ ذكرنا عند الكلام عن القاعدة القانونية ، أن هناك قواعد قانونية تتبع القانون المدنى وأخرى تتبع القانون التجارى أو الإدارى أو الدستورى أو الجنائى ، وهكذا . وقد تستأثر قاعدة من قواعد فرع من الفروع سالفة الذكر بحماية مصلحة من المصالح . مثال ذلك انفراد القواعد المدنية بتعريف العقد والإرادة المنفردة ، والقانون التجارى بتعريف الأوراق التجارية ولا سيما الشيك ، والقانون الإدارى بتعريف فكرة المرفق العام والأموال العامة والقرار الإدارى ، وقانون الأحوال الشخصية بتحديد فكرة الزواج وما يترتب عليه من آثار خاصة بالنفقة والبنوه . ومن جهة أخرى قد تزدوج الحماية القانونية لنفس المال ، بل قد تتعدد هذه الحماية ، ومن أمثلة ذلك أن تحمى قواعد القانون المدنى موضوع الشركة فيشترك القانون التجارى معها فى بعض أحكام هذا الموضوع . ومن أمثلة الازدواج فى الحماية ما يحدث بالنسبة لعقود الائتمان حيث يتولى حمايتها القانون المدنى والجنائى ، وما يحدث بالنسبة لرصيد الشيك حيث يتولى حمايته من أن يعبث به كل من القانونين التجارى والجنائى .

٦٦٨ ـ وفى حالة ازدواج الحماية القانونية لمال أو تعددها ، يثير الفقه المقارن مشكلة تتصل بتحديد أى فرع من فروع القوانين المتزاحمة يتبع قواعد الآخر ، وتحديد الطبيعة للقواعد التى تشترك مع غيرها فى حماية مال واحد . وتثار هذه المشكلة بصورة أساسية فى الحالة التى تكون فيها القواعد الجنائية إحدى القواعد المتزاحمة على حماية نفس المال . هنا تثار ذاتية القواعد

الجنائية : هل هى مستقلة بالنسبة لغيرها أو أنها تابعة لها ؟ وإذا كانت تابعة لغيرها فما هو مدى التبعية ؟ وفى عبارة عامة ما هى طبيعة القانون الجنائى بصفة عامة وقواعد القسم الخاص منه بصفة خاصة ؟

وعندما تتعدد الحماية القانونية لمال واحد على نحو ما أسلفنا ، ينبغى ألا يغيب عن الذهن أن لكل قاعدة قانونية مصلحة من المصالح تنبعث عن المال وتكون محلا لحماية هذه القاعدة ، وعلى قدر تعدد القواعد القانونية تتعدد المصالح المحمية قانوناً إذ لا تحمى القاعدة الواحدة إلا مصلحة واحدة ولإيضاح هذا نضرب المثل التالى : الجريمة كقاعدة عامة ، تنطوى على إهدار لمصلحة المجتمع ، ويعتبر نفس الفعل المكون للجريمة ، منظوراً إليه من زاوية القواعد المدنية ، إهداراً لمصلحة فرد معين بذاته . وتختلف المصلحة الأولى عن الثانية ، ولكلتيهما كيانها المستقل . ويترتب على هذا الاستقلال اختلافهما فى الطبيعة القانونية وفى وسيلة حماية كل منهما إذ يحمى الحق الخاص دعوى خاصة بينما يحمى الحق العام الدعوى العامة . وهنا يحق لنا أن نتساءل ما الحكم إذا تعددت الحماية القانونية لمال واحد وكانت القاعدة الجنائية إحدى القواعد التى تتزاحم لحماية هذا المال ؟ هل تفقد القاعدة الجنائية استقلالها فتتبع غيرها من القواعد أو أنها تظل مع ذلك مستقلة فى مواجهة غيرها من القواعد ؟

أهمية مشكلة ازدواج الحماية الجنائية لمال واحد

٦٦٩ — الصلة وثيقة ، على ما قدمنا ، بين القواعد الجنائية وغيرها من القواعد القانونية . وتتجلى هذه الصلة فى مواطن عديدة من القانون الجنائى نذكر منها المصطلحات القانونية . ففى جريمة السرقة مثلا تثير معالجتها فكرة الحيازة والملكية وانتقال كلتيهما ، كما تثير فكرة المنقول والعقار وفكرة الغير وفكرة الاستعمال . وهذه الأفكار جميعها ، بمصطلحاتها وموضوعاتها ، قد نبتت فى بيئة القانون المدنى ونقلت إلى مجال القانون الجنائى حيث بسطت عليه قواعده وحمايته . وفى جريمة الرشوة تثار فكرة الموظف العمومى وفكرة الاختصاص النوعى والمكانى للموظف العام . وفى جريمة الاختلاس تثار فكرة الأموال العامة ، وهذه كلها أفكار نبتت فى ظل القانون الإدارى حيث استعارها المشرع وأضفى عليها حمايته الجنائية . وفى جريمة تبديد الأموال المحجوز عليها قضائياً فإن قانون المرافعات المدنية هو الذى يحدد معنى الحجز

القضائى . وفى جريمة إصدار شيك غير ممول برصيد ، تثار فكرة الشيك من حيث شكله وموضوعه ورصيده ووظيفته ، وهى فكرة استمدها المشرع الجنائى من مجال القانون التجارى ليخلع عليها الحماية الجنائية . وفى بعض الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج فإن القانون الدولى العام هو الذى يحدد لنا معنى « الحرب » بالنسبة لكونه ظرفاً مشدداً للعقاب فى بعض هذه الجرائم ، بل إن ثمة جرائم لا تقع إلا فى زمن الحرب ، بمعنى أنها فى زمن السلم تعد أفعالا مشروعة ومثال ذلك جريمة الإخلال بالالتزامات التى يفرضها عقد توريد مع الحكومة لحاجات القوات المسلحة إذا وقع الإخلال فى زمن الحرب (م ٨١ عقوبات مصرى) .

٦٧٠ — وإلى جانب الخلاف الفقهى المتقدم ، فإن لحسم مشكلة ازدواج الحماية لمال واحد أهميته العملية فضلا عن الأهمية النظرية ، إذ يتوقف على حل هذه المشكلة الحكم على القاعدة الجنائية . وفى هذا الصدد تتباين آراء الفقه وينعكس هذا التباين فى الآراء تبايناً فى الحلول العملية لدرجة تتفاوت تفاوتاً واضحاً بين القول بقيام الجريمة والقول بمشروعية الفعل جنائياً . كذلك تجد هذه المشكلة صداها بالنسبة لتحديد معنى « المصطلحات » القانونية ، كما هو الشأن بالنسبة لمصطلحات « الحيازة » و « الملكية » و « الغير » و « الموظف العمومى » و « العقد » ولا سيما عقود الائتمان . كما تجد المشكلة صداها أيضاً بالنسبة للتكييف القانونى ، كتكييف عقد ما بأنه عارية أو وديعة. وتجد صداها كذلك فى مجالات عديدة أخرى تجمعها فكرة « الظاهر » ومن تطبيقاتها الوارث الظاهر وهل يعتبر مالكاً أو مرتكباً لإحدى الجرائم التى تقع على مال الغير ، والزواج الظاهر أو الظنى وهل يعتبر من تزوج على أساسه جانياً فى جريمة الزنا التى يشترط لقيامها أن يكون الجانى متزوجاً (١) ، وشركات الواقع بالنسبة للجرائم الضريبية : إذا أخل المسئول عنها بالالتزامات الضريبية التى تقع على كاهل الشركة والتى رتب المشرع عقوبة على مخالفتها أو أخل بالتزامات الشركة للغير حتى أدى إهماله إلى إفلاسها ، والموظف الفعلى وما إذا كان يصلح لأن تنسب إليه جريمة الرشوة(٢) .

(١) وقانون الأحوال الشخصية هو الذى يبين لنا متى يقوم عقد الزواج .

(٢) عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

معنى الاستقلال والتبعية في هذا المجال

٦٧١ ـ المقصود من مصطلحي الاستقلال والتبعية هنا هو ذلك الاستقلال القاعدي والتبعية القاعدية ، بمعنى أن القاعدة الجنائية تستقل في بنائها القاعدي الذاتي عن غيرها أو أن تتبع غيرها في ذلك . هل قواعد القانون الجنائي كافية في حد ذاتها وبمفردها لمعالجة الأحوال التي تحميها فيكون لها استقلال قاعدي ، أو أنها في حاجة إلى غيرها بحيث لا توجد إلا إذا وجدت قواعد أخرى غيرها تسبقها بحيث تعتبر القواعد الجنائية مكملة لها أو ثانوية أو تابعة بالنسبة لها ؟ هذا هو مثار الخلف ، فما مدى الاستقلال والتبعية إذن ؟

تتنازع الإجابة على هذا السؤال ثلاثة اتجاهات فقهية ، اثنان منها على النقيض من الآخر حيث يرى أحدهما التبعية المطلقة بينما يرى الثاني الاستقلال الذاتي . ويتوسط الاتجاه الثالث بينهما فيراها تبعية مقيدة أو استقلالا نسبياً .

خلاصة موقفنا من طبيعة القاعدة الجنائية

٦٧٢ ـ ليس هنا مجال تفصيل الاتجاهات الفقهية التي تتنازع مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للقاعدة الجنائية[1] . وموقفنا من هذه المشكلة هو موقف الدكتور عبد الفتاح الصيفي منها[2] ، حيث يحصله في النقاط التالية :

١ ـ كل قاعدة قانونية ، جنائية كانت أم غير جنائية ، تتكون من شقين : تكليف وجزاء ، ويختلف هذان الشقان من قاعدة لأخرى بمعنى أنه إذا تصادف أن بدت إحداهما تشبه الأخرى بالنسبة لشق التكليف فإن هذا من حيث الظاهر وحده دون الجوهر ، وذلك لأن المشرع لا يتجه إلى الكافة

(١) قرر روسو ، في إطار نظريته من العقد الاجتماعي ، أن القانون الجنائي تقتصر وظيفته على خلع الجزاء الجنائي على كل من يخرق قواعد غير جنائية . ومن بعده اتجه Vidal et Magnol إلى إعلان صفة الجزائية للقانون الجنائي تأسيساً على أنه لا ينشىء حقوقاً ولا يقررها وإنما يحمي ما تقرره القوانين الأخرى غير الجنائية Cours de droit criminel en sc. pénitentiaire, T1 1947, p. 66, كما أعلن ذلك Garraud في الجزء الأول من مطوله Traité théorique et pratique du droit pénal français, T1, p. 203. وانظر في تفصيل هذه الاتجاهات الفقهية Delogu, op. cit p 114—218.

(٢) المرجع السابق ص ٧٦ — ٧٩ .

بتكليف واحد يحميه جزاءان مختلفان ، إذ أن كل جزاء إنما يتبع تكليفاً خاصاً به .

٢ ـ الفعل الواحد قد ينطوي على إهدار لأكثر من مصلحة قانونية وفي هذه الحالة ينطوي الفعل على خرق لمضمون أكثر من قاعدة قانونية ، قد تكون إحداها جنائية . فمن يسرق مال غيره يهدر مصلحتين مصلحة الجماعة التي يتمثل في وجوب الحفاظ على الحق في الملكية مجرداً عن صاحبه ، ومصلحة المجني عليه التي تتمثل في النقود أو الملابس التي سرقت منه ، وعلى هذا الأساس فإن القاعدة الجنائية تحمي مصلحة قانونية ، وذلك لأن المصلحة الواحدة لا تحميها أكثر من قاعدة قانونية واحدة[1] .

٣ ـ يختلف شق الجزاء من قاعدة لأخرى . فالجزاء الجنائي يختلف عن غيره من حيث الكم والكيف ، كما يختلف من حيث الغاية والهدف عن غيره من الجزاءات . فهو من حيث الكم أقسى ـ عادة ـ من غيره ، كما أنه من حيث الكيف يختلف عن غيره ، فقد يكون الإعدام أو الأشغال الشاقة بنوعيها أو الحبس أو الغرامة . بل إن الغرامة وإن كانت إنقاصاً للذمة المالية للجاني إلا أنها تختلف من حيث جوهرها ووظيفتها عن التعويض المدني وعن التنفيذ الجبري على أموال المدين في حالة امتناعه عن الوفاء بما عليه من التزام .

أما الجزاء غير الجنائي فيكون عادة من نفس نوع التكليف حتى يستطيع أن يعيد التوازن إلى المصالح التي أهدرها من صدر عنه الفعل غير المشروع . فالتنفيذ العيني والتعويض والبطلان ، كلها جزاءات غير جنائية تكفي لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع مدنياً ، فهي إذن وسيلة لإعادة التوازن الذي اختل إلى نصابه . أما الجزاء الجنائي فتتعدد غاياته : فقد يقصده المشرع لأنه لا يجد جزاء آخر يستطيع إعادة التوازن إلى المصلحة التي اختلت كما هو الشأن بالنسبة للمصادرة ونشر الحكم أو لصقه . وقد يقصده المشرع اكتفاء به لإعادة التوازن الذي اختل إلى نصابه رغم أن غيره في استطاعته أن يحقق ذلك كما هو الشأن بالنسبة للغرامة النسبية التي تنص عليها عادة قواعد قانون العقوبات الضريبي[2] . وقد يلجأ المشرع

(١) عكس هذا الرأي Crispigni, op. cit. p. 236, note 172.

(٢) من أمثلة ذلك المادة ٨٥ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ حيث تعاقب كل مخالفة ـ

إلى الجزاء الجنائى لأن جزاء آخر لا يستطيع ، أو فى عبارة أدق لا يناسب ، حماية المصلحة كما هو الشأن بالنسبة للجانب الغالب من المخالفات حيث لا يصلح الجزاء غير الجزائى لحماية المصالح التى تشملها القاعدة الجنائية بحمايتها ، أو حيث لا يكون الجزاء غير الجنائى كامل العناصر كما هو الشأن بالنسبة للشروع فى الجريمة حيث يتوفر ، بالنسبة للجزاء المدنى ، عنصر الخطأ دون الضرر ودون رابطة السببية ، وذلك لأن الجزاء الأخير يحمى دائماً مركز « ضرر » بينما يحمى الجزاء الجنائى مركز « الضرر » و « الخطر » .

٤ — إزاء ما تقدم لا يخلو موقف المشرع من أحد أمرين : إما أن يحدد مضمون التكليف بطريقة لا يختلف فيها عن غيره من القواعد الأخرى ، وهنا نكون بصدد تعدد ظاهرى للحماية القانونية ، وذلك لأنه على الرغم من تطابق التكليفين فإن هناك اختلافاً بين القاعدتين من حيث طرفيها : الدولة والمجنى عليه بالنسبة للقاعدة الجنائية ، والدولة بصفتها نظاماً قانونياً ومرتكب الفعل غير المشروع ، أو أحد الأفراد وهذا الأخير بالنسبة للقاعدة غير الجنائية . وإما أن يحدد المشرع هذا المضمون بطريقة مستقلة ، وفى هذه الحالة تسترد القاعدة الجنائية استقلالها ، ويلجأ القاضى إلى غايات القانون الجنائى وأهدافه يستوحيها تحديد هذا المضمون . وتطبيقاً لهذا يستطيع القاضى أن يسحب حكم القاعدة الجنائية التى تحمى عقود الأمانة من الإخلال بها على عقد الوديعة الاضطرارية ، كما يسحب حكم القاعدة التى تحمى الوظيفة العامة من أن يعبث بها القائم على أمرها فيسحب حكم الرشوة على الموظف الفعلى ، وهكذا . ولا يقال والحالة هذه إن القاضى قد تجاوز نطاق مبدأ الشرعية ، فالمسألة فى جوهرها لا تعدو أن تكون كشفاً عن إرادة المشرع على ضوء الغاية التى يتوخاها من التجريم ، وهذا هو التفسير المستمد من الطبيعة الذاتية

— لأحكام بعض مواد هذا القانون بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها » ويقضى بتعويض لا يقل عن ٢٥ ٪ منه ولا يزيد على ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضريبة » . فالتعويض المشار إليه فى هذه المادة ليس تعويضاً مدنياً ، إذ التعويض المدنى لا يتجاوز ما لحق بالمتضرر من خسارة وما فاته من كسب . وهنا حدد المشرع الضريبى ما أسماه بالتعويض تحديداً جزافياً لا يتعلق بالتعويض المدنى . إذن فهذا التعويض لا يعدو أن يكون « غرامة نسبية » أى عقوبة جنائية تستطيع إعادة التوازن إلى المصلحة الضريبية المختلة — انظر فى أحكام محكمة النقض الصادرة فى شأن هذه المادة مؤلفنا « قضاء الضرائب » ص ٢١٩ وما بعدها .

المستقلة للقاعدة الجنائية ، تلك الطبيعة التى تعكس بوضوح ما يسود المجتمع من حقائق واقعية ملموسة يعمد المشرع إلى حمايتها فيستخدم للتعبير عن إرادته قواعد جنائية تحميها من أن تستهدف للضرر أو أن تتعرض الخطر .

تطبيقات

٦٧٣ — وعلى ضوء ما سبق نشير فى إيجاز إلى بعض المراكز القانونية التى جابهتها الطبيعة القانونية للقاعدة الجنائية :

١ — فى مجال جريمة إصدار شيك بدون رصيد (1) : قضت محكمة النقض الفرنسية بقيام جريمة إصدار شيك بدون رصيد رغم أن الورقة التى حررها المتهم لا تعتبر « شيكاً » فى نظر القانون التجارى لعدم استيفائها القواعد الشكلية التي يستلزمها هذا القانون فى الشيك كإثبات التاريخ ومكان الوفاء والأمر بالدفع لدى الاطلاع . . الخ(2) ، كما قضت المحاكم المختلطة الملغاة بأن المحرر إذا تضمن تاريخين فإنه يظل رغم هذا خاضعاً للقانون الجنائى (3) . فى هذين الحكمين يتجه القضاء إلى منح القاعدة الجنائية استقلالها فى مواجهة القاعدة التجارية(4) .

٢ — فى مجال العقود الباطلة والقابلة للإبطال : تتمتع القاعدة الجنائية باستقلال ملحوظ تجاه القاعدة المدنيــة فى مجال العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً وتلك القابلة للإبطال ، وفى هذا الصدد تقرر محكمة النقض المصرية بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة أنه لا يؤثر فى قيام هذه الجريمة أن يكون

(١) المادة ٣٣٧ عقوبات مصرى — ٦٦٦ لبنانى — ٦٥٢ سورى — ٤٢١ أردنى .

(٢) انظر فى هذا الموضوع مقالا للدكتور أمين بدر فى « معنى الشيك فى خصوص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات » منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة العدد ٢٧٥ ص ٢٢ .

(٣) ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مشار إليه فى مؤلف الأستاذ محمد عطية راغب « جريمة إصدار الشيك بدون رصيد فى التشريع المصرى » ١٩٥٦ ص ٩٤ هامش رقم ٦ .

(٤) انظر عكس هذا الاتجاه القضائى أحكاماً تخلع صفة التبعية على القاعدة الجنائية : نقض ١٠ يناير سنة ١٩٤٤ ، قضاء النقض ص ٥١٣ بند ٩٢٢ حيث يخلص إلى أنه « إذا كانت الورقة قد صدرت فى تاريخ معين على أن تكون مستحقة الدفع فى تاريخ آخر فلا يمكن عدها شيكاً بالمعنى المقصود وذلك لأنها ليست إلا أداة ائتمان » ونقض ٦ يناير سنة ١٩٥٣ س ٤ ص ٣٣٩ — وانظر فى الفقه المصرى : محمود مصطفى ، القسم الخاص ، ص ٤٢٩ — حسن المرصفاوى ، جرائم المال ص ٢١٤ .

العقد الذى سلم الشىء بمقتضاه قد وقع باطلا لأن القانون لايعاقب على الإخلال بتنفيذ العقد فى ذاته وإنما يعاقب على العبث بملكية الشىء المسلم[1] . ويستوى فى هذا أن يكون البطلان راجعا إلى عيب شكلى أو إلى انعدام الأهلية للتعاقد أو إلى عيب من عيوب الرضا أو لعدم مشروعية السبب ، ومن ثم قضت محكمة النقض الفرنسية بقيام جريمة خيانة الأمانة رغم أن المال المسلم إلى المؤتمن كان وليد ممارسة المودع للقمار[2] .

٣ ــ فى مجال القانون الإدارى بالنسبة لفكرة « الموظف العمومى » : يعرف القانون الجنائى الموظف العمومى فى مجال جريمة الرشوة تعريفاً أوسع من تعريف القانون الإدارى له ، بل إن القضاء الفرنسى درج على التوسع فى تفسير مصطلح « الموظف العمومى على رغم أن النص يشير فقط إلى الموظفين والمستخدمين ومأمورى المصالح العامة ، فسحب حكم جريمة الرشوة على كل من له صفة فى الوكالة العامة سواء بطريق الانتداب أو بواسطة تفويض من السلطة التنفيذية ، بل وعلى كل مستخدم فى المصالح العادية[3] .

٤ ــ فى مجال فكرة « الحالة الواقعية » : هنا تجد القاعدة الجنائية استقلالها أيضاً . ومن تطبيقات هذه النظرية نذكر الموظف الفعلى ، وهو كل من يباشر عملا من أعمال الوظيفة العامة دون أن تكون له صفة رسمية تخوله ممارستها ، أو فى عبارة أخرى هو من يتصدى لأعمال الوظيفة العامة فى حالات خاصة دون أن تسند إليه الإدارة العامة مهمة القيام بهذه الأعمال ، مثل هذا الموظف يخضع لحكم جريمة الرشوة إذا أخل بأعمال الوظيفة على نحو يعتبر رشوة رغم أنه فى نظر القانون الإدارى لا يعتبر موظفاً عاماً .

موقف القضاء اللبنانى من مشكلة ذاتية القاعدة الجنائية

٦٧٤ ــ تتجه محكمة التمييز اللبنانية إلى خلع وصف « الاستقلال » على القواعد الجنائية بالنسبة لغيرها من القواعد ، وفى ذلك تقرر أنه « إذا كان

(١) نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ ، قضاء النقض ص ٢٤٢ بند ٤٤٥ – وانظر فى بحث عن التصرفات الباطلة التى تنتج رغم ذلك آثاراً جنائية Stefani op cit. P.V, preface.

(٢) نقض فرنسى ١٢ نوفمبر ١٩٠٩ سيرى ١٩١٢ – ١ – ٢٨٥ .

(٣) المادة ١٠٦ عقوبات مصرى – وانظر فى هذا الموضوع الدكتور أحمد رفعت خفاجى فى « جرائم الرشوة » والمراجع التى أشار إليها فى ص ١٨٥ هامش رقم ٩ .

المستند لا يشكل بنظر قانون التجارة شيكاً لنقص فى صيغته كما تنص المادة ٤٠٩ من قانون التجارة البرية ، فليس ما يحول دون اعتباره شيكاً من قبل القضاء الجزائى »[1] . وأضاف الحكم فى حيثياته أن ذاتية واستقلال القضاء الجزائى يجعلانه مستقلا تمام الاستقلال عن القضاء المدنى والتجارى[2] .

المبحث الثانى

مصادر قانون العقوبات

يمكن تقسيم المصادر إلى ثلاثة أنواع : مصدر مباشر ومصادر غير مباشرة[3] ومصادر مساعدة أو موجهة ، وهى مصادر غير مباشرة تتولى توجيه القانون ومساعدته فى أداء رسالته . ونتكلم عن كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة على التوالى .

المطلب الأول

المصدر المباشر

القانون المكتوب وحده مصدر التجريم والعقاب

٦٧٥ ــ من أهم النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية أن يقتصر التجريم والعقاب على القانون « المكتوب » . ويعتبر قانوناً مكتوباً كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد عامة ومجردة وملزمة ، كما يعتبر فى حكم القانون المكتوب فى هذا المقام ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات بقوانين

(١) تمييز جزائى ٢١ تشرين الثانى ١٩٥٧ منشور فى مجموعة قرارات واجتهادات محكمة التمييز الجزائية فى الجمهورية اللبنانية ١٩٥٧ ص ١٥٨ .

(٢) أنظر كذلك تمييز ١١ كانون الأول ١٩٥٧ ، المرجع السابق ص ١٦٣ حيث يقضى بأنه لا تأثير لصحة الشيك أو عدمه ولا لانطباقه على المواد ٤٢٦ و ٤٣٨ من قانون التجارة على الدعوى الجزائية التى تقام بشأنه إذا أعطى بدون مؤونة نظراً لاستقلال القضاء الجزائى عن القضاء المدنى أو التجارى .

هذا ونسترعى النظر إلى أن الاستقلال والتبعية إنما يتصرفان أصلا إلى القاعدة لا إلى القاضى . فاستقلال القاعدة يسبق استقلال القاضى – وراجع فى تقرير هذا الاتجاه القضائى الدكتور الصيفى المرجع السابق ص ٨٢ .

(٣) ويسميها الدكتور الصيفى فى مجال التجريم بالمصادر المحال إليها لأنها لا تقوم بدورها كمصدر التجريم إلا إذا أحال المشرع إليها – المرجع السابق ص ٢٢٦ .

أو مراسيم أو لوائح . ويقتصر التجريم والعقاب على التشريع لأنه يعبر مباشرة عن إرادة الدولة فى أن تلقى على عاتق المخاطب به تكليفاً جنائياً قد يتمثل فى أمر كما قد يتمثل فى نهى . وقد سبق أن تناولنا التشريع عند الكلام عن القاعدة القانونية عموماً ، ثم عدنا إليه فى الفصل السابق عند الكلام عن مصادر القانون الإدارى ، ومن ثم نحيل على ما أوردناه آنفاً فى هذا الخصوص .

وأهم التشريعات الجنائية قانون العقوبات القائم ، وتكمله قوانين سابقة وأخرى لاحقة عليه . وقد تتضمن بعض القوانين الأخرى قواعد جنائية تنشئ بها جرائم وتحدد العقوبات المقررة لها ، ومن هذا القبيل قانون الإجراءات الجنائية[1] ، والقانون التجارى الذى يجرم عدم قيد التاجر اسمه فى السجل التجارى ، وقانون العمل الذى يجرم الإخلال بالتزامات معينة ، والقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بشأن الضريبة على القيم المنقولة وكسب العمل والأرباح التجارية والصناعية . ونعود هنا إلى التأكيد على أن مرحلة إصدار التشريع لا تغنى عن مرحلة نشره بالجريدة الرسمية فقد قضت محكمة النقض[2] بأن « الدستور قد نص فى المادة ٢٢٦ على أن « تكون القوانين نافذة فى جميع القطر المصرى بإصدارها ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها فى الجريدة الرسمية » فالإصدار لا يستفاد إلا من النشر ومهما قيل من نتائج تحكّم السلطة التنفيذية فى تعطيل النشر فإن المحاكم لا تستطيع أن تطبق قانوناً لم ينشر ما دام الدستور يقضى بأن الإصدار إنما يستفاد من النشر . وإذن فالتحدى بحكم من أحكام قانون الإجراءات الجنائية الذى لم ينشر بالجريدة الرسمية لا يقبل ، إذ ما دام هذا النشر لم يحصل فلا يمكن القول بأنه صدر وبالتالى لا يمكن إعمال أحكامه » .

ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قواعد جنائية

٦٧٦ ـ عرضنا عند التحدث عن القاعدة القانونية وفى الفصل السابق عند الكلام على مصادر القانون الإدارى لأنواع القواعد التشريعية سواء أكانت دستورية تسمى بالتشريعات الأساسية ، أم قواعد تشريعية عادية وهى ما يطلق

---

(١) المواد ١١٧ و ١١٩ و ٢٠٨ و ٢٧٩ على سبيل المثال .

(٢) ٢٠ مارس سنة ١٩٥١ س ٢ ص ٧٩٥ .

عليها « القانون » بالمعنى الضيق ، ثم عرضنا للقواعد التشريعية الفرعية أو اللوائح . وعرفنا السلطات المختصة بإصدار كل نوع من هذه القواعد وقلنا إن السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية هى التى تختص بإصدار اللوائح المختلفة ، وإن هذه السلطة يقوى سلطانها فى حالة وجود ظروف استثنائية تهدد أمن الدولة سواء فى الداخل أو الخارج ، ومن هنا تضمن الدستور بعض الضوابط التى تسمح للسلطة التنفيذية بمباشرة مهمتها طبقاً لما تقتضيه الظروف مع وضعها تحت رقابة السلطتين الأخريين : التشريعية ، والقضائية . فقد يفوض الدستور السلطة التنفيذية أو يخولها صلاحية وضع قواعد قانونية تتضمن تحديد الجرائم وتقرير العقوبات ، كما قد تستمد هذه الصلاحية من التفويض من نص تشريعى[1] . ومن جهة أخرى قد تكون الصلاحية

---

(١) نص دستورنا الحالى فى المادة ٦٦ على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بناء على قانون » ومؤدى هذا أن السلطة التنفيذية تستطيع ، كما ذكرنا فى المتن ، إصدار لوائح تتضمن تحديد جرائم وتقرير عقوبات ، بينما أوجب دستور دولة الاتحاد فى المادة ١٢ منه أن تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينها كحد أدنى مبادىء وحقوقاً منها أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بقانون » ومؤدى هذا أنه لا يجوز السلطة التنفيذية تقرير جرائم وعقوبات وأن وضع القواعد القانونية التى تتضمن تحديد الجريمة والعقوبة مقصور على مجلس الشعب المنوط به وحده سلطة التشريع ، وهكذا يكون ثم تعارض بين كل من دستور دولة الاتحاد ودستور إحدى جمهوريات الاتحاد ، وهى جمهورية مصر العربية . وهنا يحق لنا أن نتساءل عن أثر هذا التعارض بين كلا الدستورين فى ضوء نص المادة ١١ من دستور دولة الاتحاد الذى يلزم كل جمهورية من جمهوريات الاتحاد بألا يتعارض دستورها مع أحكامه . نبادر إلى القول إن هذا التعارض لا أثر له على نفاذ حكم المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية لأن دستور دولة الاتحاد لم يرتب أى أثر على الحالة التى يتعارض فيها دستور إحدى جمهوريات الاتحاد مع أحكامه . وكنا نود لو أن المادة ٦٦ من دستورنا جاءت متفقة فى هذا الخصوص مع حكم المادة ١٢ من دستور دولة الاتحاد ضماناً لأقصى حد من الشرعية وإن كانت المادة ٦٦ عنيت بتأكيد ضمان عام هو أنه لا عقوبة إلا « بحكم قضائى » ومؤدى هذا الضمان الدستورى أن العقوبة بوصفها حقاً للدولة لا تقرر إلا من خلال دعوى عمومية تحرك باسم المجتمع ويفصل فيها حكم جنائى . ولا يؤثر هذا الضمان على شرعية العقوبات التبعية والتى تتقرر بقوة القانون تبعاً للحكم بعقوبة أصلية ، ذلك أن تقرير هذا النوع من العقوبات يستند إلى الحكم الجنائى الصادر بالعقوبة الأصلية . ولكن هذا الضمان يثير التساؤل عن مدى شرعية نظام الأوامر الجنائية ، ذلك أنه لا خلاف فى أن الأمر الجنائى الصادر من وكيل النيابة لا يعتبر حكماً سواء من الناحية الشكلية لأنه ليس قاضياً ، أو من الناحية الموضوعية لأن هذا الأمر صدر فى غير خصومة جنائية . ولذلك نرى على ضوء الضمان الدستورى الجديد =

أصلا من اختصاص رئيس الجمهورية كما قد تكون للسلطة التنفيذية بصفة عامة : المركزى منها والمحلى . ونشير فيما يلى إلى أن ثم نوعاً من اللوائح التى

= ضرورة العدول عن نظام الأوامر الجنائية الصادرة من النيابة العامة واستبدال نظام الصلح بها . فالمبالغ التى يدفعها المتهم مقابل الصلح الذى يعرض عليه لا تتوافر فيها معنى العقوبة . أما الأمر الجنائى الصادر من القاضى ، فإن تكييفه القانونى محل خلاف . ويرى الدكتور فتحى سرور أنه لا يعتبر حكما وذلك لأن الخصومة الجنائية لا تنعقد فى إجراءات الأمر الجنائى لأن الدعوى الجنائية لم تتحرك قانوناً قبل المتهم مما يستحيل معه المثول أمام المحكمة لمواجهته بالتهمة المسندة إليه وإبداء دفاعه ، ولما كان الحكم لا يصدر قانوناً إلا فى خصومة جنائية فإن القرار الذى يصدر فى غير خصومة جنائية والمسمى بالأمر الجنائى لا يعتبر حكماً — راجع مؤلفه ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ ص ٨٣٩ .

ويثور البحث أيضاً من شرعية المصادرة الإدارية التى تقوم بها جهة الإدارة بالنسبة للأشياء التى تعد حيازتها أو استعمالها جريمة . ويذهب البعض إلى أن هذه المصادرة ليست عقوبة بالمعنى الدقيق بل هى تدبير احترازى يواجه خطورة معينة وليست جزاء يقابل ارتكاب الجريمة . ولذلك فإن إيجاب صدور حكم بالعقوبة لا يغل يد الإدارة فى المصادرة الإدارية كتدبير احترازى يرد على الأشياء التى تعد حيازتها أو استعمالها جريمة . بيد أن هذا الرأى يصادم نص المادة ٣٦ من الدستور الذى يحظر المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى ، فقد وردت فيه كلمة « المصادرة » مطلقة دون تخصيص بالأشياء التى لا تعد حيازتها جريمة ومن ثم فإن جهة الإدارة ليس لها الآن حق المصادرة سواء كانت الأشياء تعد حيازتها جريمة أولا تعد كذلك ولو بالاستناد فى المصادرة إلى قرارات أو قوانين سابقة كانت تخولها هذا الحق .

ومن ناحية أخرى ، فيجب إعادة النظر فى القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٠ فى شأن وضع بعض المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة بناء على حالة الاشتباه إذا كان صدر أمر باعتقالهم لأسباب متعلقة بالأمن العام ، فقد أجاز هذا القانون لوزير الداخلية وضع المعتقل تحت مراقبة البوليس لمدة سنتين بعد الإفراج عنه إذا توافرت فى شأنه حالة الاشتباه مع إعطائه حق التظلم أمام القضاء . ولما كان الوضع تحت مراقبة البوليس يعتبر كالحبس طبقاً للمادة العاشرة من قانون التشرد والاشتباه ، فإن مراقبة البوليس تعتبر عقوبة ، ولذا لا يجوز فرضها إلا بحكم قضائى .

ونسترعى النظر إلى أن المادة ٧١ من الدستور قد فتحت باب التظلم إلى القضاء من القبض أو الاعتقال غير القانونى . والاعتقال إجراء لا يعرفه القانون العام وقد نص عليه القانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن تدابير أمن الدولة فهو إجراء استثنائى لا يعرفه غير قانون الطوارىء ، فما الذى عناه المشرع بالاعتقال فى هذا الصدد ؟ لقد قصد المشرع توفير ضمانة هام الحرية الشخصية فى حالة الطوارىء ، وهو فتح باب التظلم أمام القضاء فى إجراء الاعتقال . فمن المسلم أن مبدأ المشروعية الذى يلزم الدولة باحترام الدستور والقانون يرد عليه استثناء يسمى بالمشروعية غير العادية لمواجهة الظروف الاستثنائية التى ينطبق عليها اسم حالة الطوارىء ، فى هذه الظروف يحق للسلطة التنفيذية اتخاذ بعض الإجراءات لمواجهة الظروف =

تصدرها السلطة التنفيذية لم يسبق لنا الكلام عنه هو لوائح الضرورة التى تصدر استناداً إلى نص المادة ١٤٧ من الدستور ، وتنص على أنه « إذا حدث

= الاستثنائية التى تتعرض لها البلاد . ولكنه حتى فى هذه الظروف الاستثنائية يجب التسليم دواماً بسيادة القانون فى جميع الأوقات والظروف سواء كانت هذه الظروف عادية أو استثنائية . وإعمالا لهذا المبدأ حرص الدستور فى باب سيادة القانون أن ينص فى المادة ٧١ على فتح باب التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء الاستثنائى المقصور على حالة الطوارىء وهو الاعتقال — من محاضرة للدكتور فتحى سرور بعنوان « الضمانات الدستورية للحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية » ألقيت بجمعية الاقتصاد السياسى والتشريع فى ٢٣ إبريل ١٩٧٢ .

ونحن نرى أن يكون لمن تحدد إقامته فى منزله أو فى أى مكان آخر أن يتظلم من هذا الأمر رغم قصر التظلم فى المادة ٧١ على من يقبض عليه أو يعتقل لأن تحديد الإقامة لا يعدو أن يكون تقييداً للحرية شأنه شأن القبض والاعتقال ، وقد نصت المادة ٥٠ من الدستور على أنه لا يجوز أن تحظر على أى مواطن الإقامة فى جهة معينة ولا أن يلزم بالإقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة فى القانون . ويترتب على التسوية بين تحديد الإقامة والقبض أو الاعتقال وجوب صدور حكم قضائى به .

هذا وتقتضى قرينة الأصل فى المتهم البراءة عدم جواز المساس بحريته إلا عند ما ينهدم هذا الأصل بأدلة قاطعة تتمثل فى الحكم الصادر بالإدانة . على أنه قد تتوافر أدلة قوية لا تهدم هذا الأصل وتقتصر على التشكيك فيه مما يبرر المساس بحرية الإنسان ببعض الإجراءات الاحتياطية . وهنا يدق الأمر وتثور الخشية على الحرية الشخصية من خطر المساس بها دون وجه حق مما يجب معه تقييد الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية بضمانات معينة ، وقد عنى الدستور الجديد بتحديد الأسباب الموضوعية لبعض الإجراءات ، وهى القبض والتفتيش (المادة ٤١) . وقد كان قانون الإجراءات الجنائية يسمح لمأمور الضبط القضائى بالقبض على المتهم فى غير حالة التلبس فى جرائم معينة ، ولكن المادة ٤١ من الدستور الجديد ألغت هذا الحق عندما قصرته على القاضى أو النيابة العامة . وبالنسبة إلى المساكن ، فقد كان قانون الإجراءات الجنائية يبيح لمأمور الضبط القضائى حق تفتيشها فى حالة التلبس بجناية أو جنحة (المادة ٤٧) . وقد ألغت المادة ٤٤ من الدستور الجديد ضمناً هذا الحق عندما اشترطت أن يكون هذا النوع من التفتيش بأمر قضائى (مسبب) . وقد خلت هذه المادة من إباحة تفتيش المساكن فى حالة التلبس بخلاف ما نصت عليه المادة ٤١ بشأن تفتيش الأشخاص . ويثور البحث فى هذه الحالة عما إذا كان إغفال حالة التلبس كمبرر لتفتيش المساكن بغير أمر قضائى لا يحول دون هذا التفتيش بناء على نظرية الضرورة ؟ فقد أقامت محكمة النقض نظرية الضرورة فى الإجراءات الجنائية وسمحت تطبيقاً لها لمأمور الضبط القضائى بدخول المنازل بقصد تعقب شخص صدر أمر بالقبض عليه من الجهة المختصة — انظر نقض ٣١ مارس ١٩٥٩ س ١٠ ص ٣٩١ ، ١٣ يناير ١٩٦٤ س ١٥ ص ٥٢ ، ٣ أكتوبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٠٤٧ . وقضت أيضاً بأنه يجوز ندب غير كاتب التحقيق المختص فى حالة الضرورة — انظر نقض ٢٢ مارس ١٩٥٥ س ٦ ص ٦٩٢ ، ٢٦ إبريل ١٩٥٥ س ٦ ص ٨٨٦ ، ١١ مارس ١٩٥٨ س ٩ ص ٢٨٠ ، ١٨ مايو سنة ١٩٥٩ س ١٠ ص ٥٣٥ ، ٢٩ مايو =

فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر »

وهذا النص يجد له شبيهاً فى دستور سنة ١٩٢٣ (١) والدساتير التى جاءت بعده ، وهو يعتبر تطبيقاً لنظرية الضرورة فى حالة معينة ومن هنا تسمى التشريعات التى تصدر طبقاً له بتشريعات الضرورة . والقرارات بقوانين التى يصدرها رئيس الجمهورية بالتطبيق للمادة ١٤٧ من الدستور ، والتى كانت تسمى مراسيم بقوانين فى دستور ١٩٢٣ ، تعتبر قرارات إدارية من حيث الشكل رغم أنها تضم قواعد عامة مجردة وتعتبر قانوناً من الناحية

= سنة ١٩٦١ س ١٢ ص ٦٢٢ . وانظر تعليقاً على هذا القضاء فى مقال من اتجاهات محكمة النقض فى تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، يوليه سنة ١٩٦٠ ، العدد الثانى من المجلد الثالث ص ١٤٥ وما بعدها الدكتور أحمد فتحى سرور . وتطبيق نظرية الضرورة فى الإجراءات الجنائية محل نظر ، وذلك لأن المشرع يوازن بين حق الدولة فى العقاب والحق فى الحرية الشخصية ، ولا يهم القانون تحقيق الغاية من الإجراء بقدر ما يهمه توفير الضمانات التى فرضها القانون من أجل حماية الحرية الشخصية ، فهى المصلحة الأجدر بالرعاية فى نظر القانون . ولا يجوز الوصول إلى الحقيقة من خلال إجراءات باطلة تهدر فيها الضمانات أو تنتهك فيها الحريات – راجع فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ص ٤٧٢ . ومن ناحية أخرى فإن نظرية الضرورة تفترض أن يكون الفعل الضرورى هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر ، وهو شرط لا يتوافر عند تفتيش المسكن فى حالة التلبس بدون أمر قضائى ، إذ يمكن تحقيق ذلك باستصدار هذا الأمر أى بعد مراعاة الضمان الذى أوجبه القانون . ويخلص لنا مما سبق أن اشتراط الدستور صدور أمر قضائى مسبب لتفتيش المساكن لا يبيح لمأمور الضبط القضائى هذا التفتيش ولو فى حالة التلبس ، ولا يصلح الالتجاء إلى التفتيش فى هذه الحالة بناء على نظرية الضرورة لأنه لا مجال للضرورة فى الإجراءات الجنائية .

(١) كان دستور ١٩٢٣ يضيق من الحالات التى يجوز فيها الالتجاء إلى تشريعات الضرورة كما كان ينص على ضرورة عدم مخالفتها للدستور (م ٤١ / ١) .

الموضوعية ، ومعنى هذا أن لها طبيعة مزدوجة تظهر نتائجها فيما يلى :

١ – لما كان القرار بقانون الذى يصدر فى حالة الاستعجال طبقاً للمادة ١٤٧ قراراً إدارياً يصدر من السلطة التنفيذية ، فإنه يجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بإلغائه إذا كان باطلا (١) . ويكون الأمر كذلك إذا أصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون رغم أن مجلس الأمة قائم ، والطعن فى قرار رئيس الجمهورية هنا يكون عن طريق أنه صدر من جهة غير مختصة طبقاً للدستور . وقد يكون الطعن فى القرار بقانون عن طريق أنه يتوافر فى شأنه عيب الانحراف فى استعمال السلطة ، كما إذا أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون رغم عدم وجود ضرورة تحتمه أو عدم توافر الاستعجال اللازم لإصداره (٢) ، فرغم أن تقدير الضرورة متروك للسلطة التنفيذية إذ أن رئيس الجمهورية هو الذى يقدر قيام حالة الاستعجال وحالة الضرورة التى تقتضى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، إلا أن هذه السلطة التقديرية تخضع هنا لرقابة القضاء .

٢ – إذا صدر القرار بقانون مستوفياً للشروط التى نص عليها الدستور ، فإنه يعتبر من الناحية الموضوعية فى نفس قوة القانون ، وبالتالى يجوز للقرار بقانون الذى يصدر بالتطبيق للمادة ١٤٧ من الدستور أن يلغى قانوناً سبق أن أصدره مجلس الشعب . كما أنه لا يجوز تعديل هذا القرار بقانون إلا بقانون صادر من مجلس الشعب أو بقرار بقانون مثله فى ظروف مشابهة .

(١) إذ العبرة فى اختصاص هذه المحكمة بالمعيار الشكلى لا الموضوعى ، ذلك أن رقابتها لا تنبسط على القرارات الإدارية الفردية فحسب ، بل على السلطة التنفيذية ذاتها بجميع مايصدر عنها من أعمال سواء كانت هذه الأعمال إدارية أو تشريعية . فتقضى المحكمة فى هذه الأعمال بالإلغاء ، ولو كانت تشريعات بحسب موضوعها – راجع مقال الدكتور السنهورى « مخالفة التشريع للدستور » المنشور بمجلة مجلس الدولة س ٣ ص ١١ . ولاحظ ما ذكرناه من اختصاص المحكمة العليا حاليا فى هذا الشأن . ووفقاً للدستور الجديد فإن المحكمة الدستورية العليا وحدها هى التى تتولى الرقابة القضائية على دستورية اللوائح – راجع بند ٥٩٩ و ٦٢٤ .

(٢) وقد يكون الطعن فيه عن طريق مخالفته للدستور إذا تجاوز القرار بقانون مدى قوته القانونية ولم تتبع إجراءات عرضه على مجلس الأمة فى مدة معينة إذ يعتبر القرار بقانون « كأنه تشريع غير موجود » والطعن فيه إذا هو طبق بعد ذلك يكون عن طريق مخالفة الدستور » انظر السنهورى فى مقاله السابق .

٦٧٧ ــ ويلاحظ أن قوة القرار بقانون قلقة ومؤقتة وتتوقف طبقاً لنص الدستور على بعض الإجراءات التي يجب إتمامها بعد إصداره وإلا زالت كل آثارها . فطبقاً لنص المادة ١٤٧ سالفة الذكر يجب عرض القرارات بقوانين التي تصدر بالتطبيق لحكمها على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، أو في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته . ومعنى ذلك أنه إذا كان المجلس في أجازة فيما بين أدوار الانعقاد فيجب أن يدعى للانعقاد وأن تعرض عليه القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية .

وإذا كان المجلس محلولا وجب عرض هذه القرارات بقوانين عليه في أول اجتماع له ، ولما كان الدستور يقضي في المادة ١٣٦ بألا تطول المدة بين حل المجلس واجتماع المجلس الجديد عن سبعين يوماً ، فإن مؤدى ذلك أنه في أسوأ الظروف يجب عرض هذه القرارات بقوانين على المجلس خلال هذه المدة . ولكن ما هو الجزاء الذي يترتب على عدم عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الأمة في هذه المواعيد ؟ إن الفقرة الأخيرة من المادة ١٤٧ تكفلت ببيان هذا الجزاء : فقضت بأنه « إذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك » . فإذا أهملت السلطة التنفيذية عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الأمة في خلال المدة التي سبق بيانها زال ما كان لهذه القرارات من قوة واعتبرت كأن لم تكن . فكأنها تسقط بحكم الدستور من تلقاء نفسها . وإذا كانت قد انطبقت في الماضي فيعتبر انطباقها غير مشروع ويزول كل ما ترتب عليها من آثار . ولكن ما هو الحكم إذا عرضت على مجلس الأمة في الميعاد فلم يوافق عليها ؟ هنا أتى دستور ١٩٧١ بحكم مؤداه أنه « إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » ، أي أن تطبيقها في هذه الحالة الأخيرة يكون تطبيقاً سليماً في الفترة منذ اعتماد نفاذها ، أما في حالة عدم إقرارها فإن زوال آثارها يكون بأثر رجعي وهذا عكس ما كانت تنص عليه المادة

١١٩ من دستور ١٩٦٤ إذ كان زوال آثارها لا يكون إلا من تاريخ الاعتراض عليها(١) .

اللوائح الصادرة بناء على قانون حالة الطوارئ .

٦٧٨ ــ نصت المادة ١٤٨ من الدستور على أن « يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه . وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له . . . » . ويحكم حالة الطوارئ القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ واستناداً إلى المادة الخامسة منه فإن لرئيس الجمهورية أن يصدر أوامر متضمنة تحديد العقوبة المستحقة على مخالفتها بشرط ألا تزيد هذه العقوبة على الأشغال الشاقة المؤقتة ولا على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه ، فإن لم تكن الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وهذا كله مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين المعمول بها . كما تنص المادة التاسعة من قانون الطوارئ على أن كل جريمة تقع ضد تلك الأوامر يكون الاختصاص بها لمحكمة أمن الدولة ، وتختص هذه المحكمة كذلك بما يحال إليها من جرائم عادية بمقتضى أوامر صادرة من رئيس الجمهورية .

---

(١) ونحيل في شأن اللوائح التفويضية على ما ذكرناه بشأنها في الفصل السابق ونسترعي النظر إلى أن ما قلناه هناك من بطلان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ يتأدى منه أن القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية بناء على التفويض الذي تضمنه ذلك القانون هي قرارات باطلة بطلاناً مطلقاً وغير واجبة التطبيق لانعدامها وليس لعدم دستوريتها فحسب ، بما في ذلك تلك التي تضمنت أحكاماً وجزاءات جنائية ، للأسباب التي أوردناها آنفاً .

هذا ويلاحظ أنه بالنسبة للقرارات رئيس الجمهورية التي تصدر صحيحة طبقاً لتفويض دستوري سليم في الحالات الاستثنائية ، لم يكن يتحتم عرضها على مجلس الأمة في ظل دستور ١٩٦٤ وإن كان بعض الفقه نادى بذلك . أما الآن في ظل دستور ١٩٧١ فإنه يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون . وهذه القرارات بقوانين لا يمكن تعديلها بإصدار قرار عادي من رئيس الجمهورية ذلك أن رئيس الجمهورية حين يمارس سلطة إصدار القرارات بقانون إنما يحل محل مجلس الشعب وينوب عنه ، أي أنه يمثل السلطة التشريعية في البلاد فتكون القرارات بقوانين التي يصدرها نفس قوة القوانين التي يصدرها مجلس الشعب .

لوائح الضبط

٦٧٩ – هذه اللوائح يصدرها رئيس الجمهورية استناداً إلى المادة ١٤٥ من الدستور وهى قد تتضمن قواعد مجرمة وذلك على العكس من اللوائح التنفيذية ، فهذه تدور فى فلك قواعد قانونية سابقة ولا تتجاوز تنفيذها دون أن تنشئ قواعد قانونية جديدة .

اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية المركزية والمحلية

٦٨٠ – تصدر هذه اللوائح استناداً إلى نص المادة ٣٩٥ عقوبات التى تنص على أن « من خالف أحكام اللوائح العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات ، فإن كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتماً إنزالها إليها ، فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً مصرياً » .

المطلب الثانى

المصادر غير المباشرة

٦٨١ – يعتبر مصدراً غير مباشر للتجريم والعقاب كل قاعدة غير جنائية ، قانونية كانت أو مجرد قاعدة اجتماعية ، بل وقاعدة كانت أو غير قاعدة ، تحيل إليها صراحة أو ضمنا قاعدة جنائية مجرّمة أو مبررة ، بحيث يتوقف وجود القاعدة الجنائية ، وبعبارة مفصلة يتوقف وجود شق التكليف الجنائى أحياناً وشق الجزاء أحياناً أخرى ، على وجود القاعدة الجنائية وما إليها(١) . ومن هذا التعريف للمصادر غير المباشرة للتجريم والعقاب يتضح لنا أن بعضها قد يتمثل فى قاعدة قانونية تنتمى إلى فرع آخر من فروع القانون غير الجنائى ، كما أن بعضها الآخر قد لا يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية فى عمومها وتجريدها ، فتقف به خصوصيته وتجسيمه لدى مجرد القرار أو الأمر الإداريين أو لدى مجرد التصرف القانونى أو الواقعة القانونية ، وقد يتصل

(١) الصيفى ، المرجع السابق ص ٣٣٢ والمراجع الأجنبية المشار إليها بالهامش .

بعضها بقانون أجنبى أو بحكم صادر من محكمة أجنبية . كما يتضح من هذا التعريف ، من جهة أخرى ، أن بعض المصادر غير المباشرة يتصل بشق التكليف الجنائى بحيث يتوقف وجود هذا التكليف على وجود المصدر المذكور ، بينما يتصل البعض الآخر بشق الجزاء بحيث يعلق حق الدولة فى توقيع العقوبة على وجود هذا المصدر . هذه المصادر غير المباشرة هى العرف ، والقواعد غير الجنائية ، والقرارات والأوامر الإدارية ، والقانون الأجنبى والأحكام الصادرة من محكمة أجنبية ، والقانون الدولى العام ، وقواعد الدين ، والأخلاق ، ونتكلم عليها تباعاً .

١ – العرف

٦٨٢ – سبق أن ذكرنا أن فقهاء القانون الخاص يعرفون العرف بأنه تواتر العمل بقاعدة معينة تواتراً تمليه العقيدة فى ضرورة اتباع هذه القاعدة ، وأن للعرف ركنين : أحدهما مادى يتمثل فى اطراد العمل بسنة أو بقاعدة معينة ، وثانيهما معنوى ويتمثل فى الاعتقاد فى إلزام هذه السنّة أو هذه القاعدة كقاعدة قانونية يجب اتباعها . كما رأينا أن للعرف ذاتية تجعل منه مصدراً احتياطياً يقف وراء التشريع ليسد ما يعتوره من قصور أو نقص ، ويرتب الفقهاء على ذاتيته هذه افتراض علم أطراف العلاقة القانونية به ، والتزام القاضى بتطبيقه تلقائياً على الدعاوى المطروحة أمامه بوصفه قاعدة قانونية ملزمة .

٦٨٣ – وعلى ضوء التعريف السابق وما يترتب عليه من نتائج قانونية يبرز فى هذا المجال ، مجال التأثيم والعقاب ، عنصر الاعتقاد فى العرف كقاعدة « قانونية » ملزمة . ويقول الدكتور عبد الفتاح الصيفى(١) « إن فى إضافة عنصر القانونية إلى العرف مسألة تدعو إلى التأمل ، فالعرف كائن ente يتكون فى بيئة غير « قانونية » ، قد تكون بيئة اجتماعية وقد تكون اقتصادية أو سياسية أو علمية أو فنية أو غير ذلك إلى أن يبلغ درجة اعتقاد الجماعة بأنه « ملزم » إلزاماً غير قانونى ، اجتماعياً أو سياسياً أو اقتصادياً ، وفى عبارة أخرى يبدأ العرف عادة لا تلبث أن تستقر فى وجدان الوسط الاجتماعى أو

(١) المرجع السابق ص ٣٣٤ .

الاقتصادى أو السياسى على أنها قاعدة « غير قانونية » ملزمة . فى هذه المرحلة من مراحل تكوّن القاعدة العرفية نكون بصدد قاعدة غير قانونية ذات شقين : أولهما التكليف ويتمثل فى أمر أو نهى ينبغى عدم الخروج عليهما ، وثانيهما الجزاء وهو جزاء « غير قانونى » قد يكون اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً أو غير ذلك . وفى مرحلة ثانية من مراحل تكوّن العرف يتدخل المشرع الوضعى بوسيلته الحديثة للتعبير عن إرادة الجماعة وهى التشريع ، فيضفى على القاعدة العرفية إلزاماً « قانونياً » إلى جانب إلزامها سالف الذكر ، فتستحيل من قاعدة غير قانونية إلى قاعدة من قواعد القانون الوضعى . ومن هذا يتضح لنا أن فى إضافة عنصر « القانونية » إلى القاعدة العرفية مزجاً بين مرحلتين من مراحل تكون القاعدة العرفية من شأنه أن يحجب عن فقهاء القانون الجنائى حقيقة دور العرف فى مجال التجريم والعقاب »[1] .

وعلى ضوء هذه الملاحظة فإن الدكتور الصيفى لا يقر من يعترف من فقهاء القانون الجنائى[2] للعرف بذاتية مستقلة تمكنه من أن يقف أمام التشريع الجنائى دون حاجة منه لأن ينتظر اعتراف الأخير به بل ودون انتظار منه لأن يعترف التشريع بجزائه ، قولا إنه مستقل عن التشريع بتكليفه استقلاله بجزائه على نحو يجعل منه مصدراً مستقلا للقانون الوضعى يمكنه من أن يكمل من التشريع ما نقصه ، ومن أن يعدله، بل ومن أن يلغيه ، سواء رضى التشريع بذلك أو لم يرض . لا يقر هذا الاتجاه الفقهى على ما خلص إليه استناداً إلى أن العرف لا يعدو أن يكون قاعدة غير قانونية ، تكونت بتكليفها وجزائها خارج إطار القانون الوضعى ، ثم جاء التشريع فى مرحلة لاحقة على تكوينها فاعترف بها اعترافاً يتمثل فى الإحالة إليها صراحة أو ضمناً .

---

(١) أغفل الدكتور شمس الدين الوكيل وصف « القانونية » من عنصر الإلزام فى العرف ، فقد عرفه بأنه استقرار الإيمان فى نفوس الناس بأن هذا الاعتقاد قد صار ملزماً لهم وأن مخالفته توجب توقيع جزاء مادى على المخالف — الموجز فى المدخل لدراسة القانون ص ١٨٣ . ولهذا الإغفال أهمية فى إبراز حقيقة كنه العرف وفى وضع فاصل بين مرحلتين : غير القانونية ، والقانونية .

(٢) يقول الفقيه الألمانى Von Thur إن العرف قوة تعادل قوة القانون المكتوب لدرجة يستطيع معها إلغاء حدوده ، ويخلص إلى الاعتراف للعرف بقوة مكملة للقانون المكتوب ، بل ويعترف له بإمكانية مخالفته أحياناً القانون ، ونحن بدورنا لا نقر هذا النظر .

ويتجه جانب من الفقهاء إلى ما خلص إليه الدكتور الصيفى آنفاً ، سالكين فى تعليل رأيهم مسلكاً آخر لا يقوم على تحليل مرحلتى تكوّن العرف ، وإنما يقوم على مبدأ الشرعية[1] . وإعمالاً لحجة هؤلاء الفقهاء فى ظل قانون العقوبات المصرى ، تتضمن المواد ١ و ٢ و ٣ من هذا القانون ما يفيد أن التجريم مقصور على التشريع معبرة عن ذلك بقولها « هذا القانون » ، الأمر الذى لا يتسق معه الاعتراف للعرف بدور مستقل عن التشريع الجنائى .

ونخلص مما تقدم إلى أن دور العرف فى مجال القانون الجنائى مقصور على الحالات التى يحيل فيها التشريع إليه صراحة أو ضمناً ، دون غيرها من الحالات .

٦٨٤ — ويمكن رد الدور الذى يقوم به العرف فى مجال القانون الجنائى إلى وجوه ثلاثة : ١ — فقد يسهم العرف فى بناء شق التكليف فى القاعدة المجرمة . ٢ — وقد يمتد أثره إلى هذه القاعدة بشقيها فيبيح التكليف ويعطل بالتالى مفعول الجزاء الجنائى ، فيسهم بذلك فى تكوين شق التكليف فى القاعدة المبررة أو المانحة . ٣ — أو يمتد إلى القاعدة المجرمة بشقيها فيوقف تطبيقها دون أن يلغيها . وسنعالج كلا من هذه الوجوه على التوالى .

اسهام العرف فى بناء التكليف الجنائى

٦٨٥ — يسهم العرف فى تكوين شق التكليف الخاص بالقاعدة الجنائية على نحو تمليه طبيعة التكليف ذاته ، فقد يرد التكليف فى قاعدة جنائية على بياض ، وقد يصاغ فى قالب حر .

أ — فبالنسبة للتكليف الذى تتضمنه قاعدة جنائية على بياض :

فى القاعدة على بياض يكتفى المشرع بتحديد شق الجزاء فى القاعدة الجنائية ويحيل فى نفس الوقت ، وهو فى صدد تحديد شق التكليف الجنائى ، إلى قاعدة قانونية غير جنائية لتتولى تحديد هذا الشق الذى لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض . من أمثلة القاعدة على بياض الجريمة الإيجابية التى ترتكب بطريق سلبى ، إذ يشترط لتحقيق الأنموذج القانونى لهذه الجريمة أن يحل

---

(١) من هذا الرأى جرسبيني ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ فقرة ٤ — بناين pannain ، المرجع السابق ، ص ٨٠ فقرة ٤٩ .

الجانى بالتزام قانونى يلقى على عاتقه أن يتدخل ليحول دون تحقق نتيجة معينة . بهذه الإحالة إذن تتولى قاعدة غير جنائية تحديد الالتزام القانونى الذى يعتبر الإخلال به أحد مقومات السلوك النموذجى . ومن المسلم به أن العرف قد يكون مصدراً لمثل هذا الالتزام ، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام القانونى الذى يلزم الصيادين بإنقاذ من تشرف سفينته منهم على الغرق ، وهو التزام مصدره العرف فى بعض الدول(١) .

ب – وبالنسبة للتكليف الذى يصبه المشرع فى قالب حر .

الجريمة ذات القالب الحر هى الجريمة التى فيها يتعذر على المشرع أن يحيط بالوصف الدقيق للفعل المكون لها نظراً لأن طبيعته لا تسمح بذلك ، الأمر الذى لا يجد معه المشرع ندحة من الركون إلى النتيجة الإجرامية فيحددها ، وإلى رابطة السببية فيعينها ، إذ بتحديده للنتيجة والسببية يتحدد الفعل الذى عنه تنبثق السببية فترتبط بينه وبين النتيجة . من أمثلة هـذه الجريمة نذكر « السب » الذى يتضمن بأى وجه من الوجوه « خدشاً للشرف أو الاعتبار » ، كما نذكر « القذف بأمر لو كان صادقاً لأوجب عقاب من أسند إليه » ، ونذكر « استعمال الموظف العمومى القسوة مع الناس اعتماداً على وظيفته بحيث إنه أخل بشرفهم »(٢) . وفى الجريمة ذات القالب الحر قد يترك المشرع لقاضى الموضوع سلطة تحديد ما يطابق من الأفعال الأنموذج القانونى المجرد ، ومن قبيل ذلك ما تضمنته المادة ٧٧ عقوبات مصرى من تجريم كل فعل « يؤدى إلى المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها »(٣) ، كما قد يكل إلى العرف تحديد الفعل الذى يجسم الأنموذج القانونى المجرد ، ومن أمثلة ذلك ما أشرنا إليه الآن بصدد المواد ١٢٩ و ٣٠٢ و ٣٠٦ عقوبات مصرى فى جرائم السب والقذف واستعمال القسوة .

---

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع ، الدكتور الصيفى ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٦٧ ، ص ٦٨ فقرة ٣٧ – وإلى هذا الرأى يتجه الراجح فى الفقهين المصرى والمقارن .

(٢) انظر المواد ٣٠٦ و ٣٠٢ و ١٢٩ عقوبات مصرى على التوالى .

(٣) راجع الدكتور الصيفى ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج ص ١٧ فقرة ٢٠ .

ويعمد المشرع إلى الإحالة إلى العرف بالنسبة للأفعال ذات المضمون المتغير المتطور الذى يستمد تغيره من ضمير الجماعة وتطوره من تطور مفاهيمها الاجتماعية . فالمادة ٢٧٨ عقوبات مصرى تجرم كل من فعل علانية فعلا فاضحاً مخلا بالحياء ، ولما كان اعتبار فعل ما مخلا بالحياء مسألة نسبية تختلف باختلاف المكان داخل الدولة الواحدة اختلافها من حيث الزمان ، فقد آثر المشرع أن يترك للعرف الاجتماعى مهمة الإسهام فى تحديد شق التكليف فى قاعدة جنائية صيغ تكليفها على نحو مرن أو حر أو غير مقيد .

وقد يتولى العرف تحديد المقصود بنتيجة جنائية معينة ، وفى هذه الحالة ينصب دور العرف على تكوين القاعدة الجنائية لا على تفسيرها ، وذلك لأن النتيجة عنصر من العناصر التى منها يتكون الركن المادى للجريمة(١) .

اسهام العرف فى اباحة التكليف الجنائى

٦٨٦ – قد يتدخل العرف فيعدل من الظروف الاجتماعية ، التى فى إطارها يرتكب الفعل فى ظروف معينة ، أمراً يتعارض مع مصلحة اجتماعية على جانب مرموق من الأهمية أحس بها أفراد الجماعة وأعلوها فى نظرهم على المصلحة التى اقتضت فى الأصل تجريم الفعل . ومن ثم لا يجد المشرع مناصاً من أن يقر هذا العرف صراحة أو ضمناً ، وما الإقرار فى مقامنا هذا سوى إحالة من المشرع إلى العرف . ومن أمثلة ذلك فى مجال جرائم الإيذاء ما جرى عليه العرف من تبرير تأديب الولى على النفس للصبى الذى فى ولايته ، وتأديب المعلم للصبية ، ومعلم المهنة لمن يدربهم من صبية ، وبعض الألعاب الرياضية ولا سيما الملاكمة . هذه الأفعال جميعها تحقق مصلحة اجتماعية عليا

---

(١) ويضرب الدكتور الصيفى مثالا طريفاً لذلك يتحصل فيما نشرته الصحف من أن أكاديمية العلوم الفرنسية أعلنت أن المريض يعتبر ميتاً ، من الناحية الطبية لا القدرية ، إذا أصبح مخه فى حالة عجز مطلق وأبدى عن أن يؤدى أية وظيفة من وظائفه العضوية أو العصبية . فهذا رأى صادر من إحدى الهيئات العلمية لم يتأيد بعد من سائر الهيئات الطبية . وإذا قدر له أن يصبح عرفاً طبياً ملزماً فلا شك فى أن أثره على جريمة القتل سيكون جوهرياً . فالقتل ، حتى الآن ، هو إزهاق لروح إنسان حى ، ويتمثل الإزهاق فى تعطيل جميع أعضاء الجسم عن أدائها لوظائفها تعطيلا أبدياً ، وقد يتغير معنى القتل مستقبلا بحيث تضاف إليه الحالة التى أعلنتها أكاديمية العلوم الفرنسية سالفة الذكر – إذا أصبح مضمونها عرفاً طبياً مسلماً به ومقترناً بالاعتقاد فى إلزامه – القاعدة الجنائية ص ٣٣٨ فقرة ١٠١ .

تربو على مصلحة آحاد الناس فى سلامة أجسامهم ، لهذا فقد أصبحت أفعالا مبررة بادر المشرع إلى الاعتراف بتبرير بعضها صراحة وأقر البعض الآخر منها ضمناً . وفى مجال الشرف والاعتبار وأسرار المهنة نشأ عرف فى الوسط الصحافى والمهنى بتبرير نشر بعض المعلومات والأخبار والأنباء التى تنطوى على مساس بإحدى هذه المصالح المحمية جنائياً فى حدود معينة وبالنسبة لظروف حددها هذا العرف[1] .

دور العرف فى « وقف » تطبيق القاعدة الجنائية المجرمة

٦٨٧ – قد يتغير المناخ السياسى الذى تطبق فيه القاعدة الجنائية بحيث يتعارض تطبيقها مع غاية النظام القانونى وهى الصالح العام . ويرجع هذا التغيير إلى أحد عاملين : إما أن يتدخل المشرع فى مجال قانون غير جنائى فيحدث به تعديلا يؤثر على المناخ السياسى للنظام القانونى بأسره ، ودون أن يقابل هذا التدخل مثيل له فى مجال القانون الجنائى بحيث يتعذر التوفيق بين تطبيق إحدى القواعد الجنائية وبين ما ينشده النظام القانونى من صالح عام ، وإما أن يكون هذا التغيير وليد عرف سياسى أو اقتصادى يعبر تعبيراً صادقاً عن ضمير الجماعة إلى حد تعتقد معه بإلزامه قانوناً وعلى الرغم من ذلك يتعارض تطبيق إحدى القواعد الجنائية مع هذا العرف ، مما يهدر معه الصالح العام بصفته هدفاً أسمى للنظام القانونى . لا مناص إذن فى هاتين الحالتين لكى نتفادى النتائج الخطيرة المترتبة على هذا التعارض من أن « نوقف » تطبيق القواعد الجنائية التى تتعارض مع المناخ السياسى الجديد[2] .

ما لا يستطيع العرف أن يحققه

٦٨٨ – يجمع الفقه على أن العرف لا يستطيع أن ينشئ جريمة أو

(١) جرسبينى ، المرجع السابق ص ٣١٦ ؛ الصيفى ، المرجع السابق ص ٣٣٩ .

(٢) يشير الدكتور الصيفى إلى قانون صدر فى لبنان « يعلق » تطبيق أحكام بعض مواد قانون العقوبات الواردة بالنبذة الخاصة بالقتل قصداً وترتب عقوبة له دون الإعدام . وقد صدر هذا القانون فى ١٥ شباط (فبراير) ١٩٥٩ لمواجهة الثورة الأهلية التى اجتاحت لبنان عام ١٩٥٨ . وقد أعاد المشرع لهذه النصوص فعاليتها بعد أن استقرت الأمور فى لبنان مما يفهم منه أن التعليق تعطيل وقتى لتطبيق القواعد الجنائية – القاعدة الجنائية ص ٣٤٠ والهامش .

عقوبة[1] ، بل ولا أن يخفف من العقوبة المقررة قانوناً أو أن يشدد منها ، فمثل هذا العرف ، ولا يتصور إلا أن يكون عرفاً قضائياً ، لا يقيد قاضى الموضوع عند تقديره للعقوبة داخل حديها الأدنى والأقصى .

ومن جهة أخرى فليس فى مقدور العرف السلبى ، أو فى عبارة أخرى عدم تطبيق النص ، أن يلغى القاعدة الجنائية المجرمة ، وإن جاز له أن يعطل من تطبيقها فى حالات معينة بذاتها يصبح فيها الفعل مبرراً ، ما لم يتغير المناخ السياسى الذى فى جوه تطبق القاعدة لدرجة يترتب على تطبيق القاعدة معها تصدع النظام القانونى وعجزه عن تحقيق الصالح العام[2] .

متى يفترض العلم بالعرف

٦٨٩ – يصبح العرف جزءاً من القانون الجنائى متى أحال هذا الأخير إليه أو اعترف به صراحة أو ضمناً . ويترتب على ذلك افتراض علم المخاطب بالقاعدة الجنائية بالعرف افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، شأنه فى ذلك شأن القانون الجنائى نفسه . وعلى القاضى الجنائى أن يعمل حكم العرف سواء طلب منه أطراف الدعوى العامة إعماله أو لم يطلبوا . وإذا اعتور العرف شك حول وجوده ، كان للقاضى أن يتوسل بكافة طرق الإثبات ومن بينها أن يكلف من يتمسك به بإثباته[3] . أما إذا اعتوره غموض أو لبس حول مدلوله أو مداه ، فللقاضى أن يتصدى لتفسيره مستعيناً فى ذلك بكافة طرق التفسير

(١) ومع ذلك فقد كان العرف القبلى ، بموجب المادة ٤١ عقوبات عراقى الملغاة بالقانون ٩ لسنة ١٩٦١ ، مصدراً من مصادر القانون العقابى إذ كان يجوز توقيع العقوبة التى يقرها هذا العرف بدلا من العقوبة المنصوص عليها فى قانون العقوبات . كذلك كان نظام دعاوى العشائر المدنية والجزائية الذى صرحاً فى مادته السابعة فى اعتبار العادات العشائرية مصدراً قانونياً ملزماً لا فى القضايا المدنية فقط بل فى القضايا الجزائية كذلك – راجع ما ذكرناه فى هذا الخصوص هامش (١) ص ٢٩١ و ٢٩٢ .

(٢) وتأسيساً على ذلك : فإن عدم تطبيق النيابة العامة للقاعدة الجنائية التى تتضمنها المادة ٣٨٠/٢ عقوبات مصرى التى تعاقب كل من وقع منه فى الجنازات عويل أو ولولة مما يكدر راحة السكان لا يسلب القاعدة وجودها ، ولا النص الذى يتضمنها قوته ، إذ لا يمكن أن يستهدف النص المقرر للقاعدة الجنائية للإلغاء إلا بنص آخر فى مستواه أو أعلى منه . ومن ثم فإن كل عرف يسلب النيابة العامة سلطتها فى تحريك الدعوى العامة المنبثقة عن الجريمة فى حالتنا هذه يعتبر عرفاً باطلا لا يعتد به ولا أثر له .

(٣) مانتسينى ، المطول سالف الذكر ص ٢٥٩ هامش رقم ٣ .

التي تخضع لها القاعدة الجنائية . ولمحكمة النقض أن تراقب قاضي الموضوع فيما يقضي به من وجود العرف أو من تطبيقه ، فالعرف يأخذ حكم القاعدة الجنائية لأنه أسهم في بنائها ولا يعتبر واقعة مادية تترك لتقدير قاضي الموضوع (1) .

دور العرف في تفسير القاعدة الجنائية المجرمة

٦٩٠ – حددنا الدور الذي يمكن أن يقوم به العرف في مجال التجريم والعقاب ، في مجال إعمال القاعدة الجنائية أو إبطال مفعولها أو وقف تطبيقها في حالات معينة بذاتها . ونبادر إلى القول في مقام بيان دور العرف في تفسير القاعدة الجنائية المجرمة ، إن الرأي السائد في الفقهين المصري والمقارن يعترف للعرف بدور في « تفسير » القاعدة الجنائية . ويذهب الدكتور الصيفي(2) إلى إنكار أي دور للعرف في هذا المجال ، وهو يحتج لوجهة نظره هذه بما هو معلوم من أن التفسير إنما يأتي لاحقاً على القاعدة الجنائية ، وهذه لا تكون قد وجدت بعد ، لأن وجودها يتوقف بداهة على توافر شقيها من تكليف وجزاء ، لهذا فإن دور العرف إنما ينصرف إلى بناء القاعدة الجنائية لا إلى تفسيرها .

ونحن مع الدكتور الصيفي في هذا الرأي ، ذلك أن الأمثلة التي يسوقها الفقه المصري والمقارن تدليلا على أن للعرف دوراً في « تفسير » القاعدة الجنائية إنما ترجع كلها إلى جوهر التكليف الجنائي لا إلى تفسير القانون الجنائي ، ذلك التفسير الذي يتولاه مصدر آخر غير ذات العرف الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي الذي أسهم في تكوين القاعدة ، وقد يكون هذا المصدر عادة صناعية أو تجارية ، أو فكرة أو نظرية علمية ، أو معنى لغوياً درج عليه اللغويون . وثم فارق بين عرف أسهم في تكوين التكليف الجنائي ، وبين عادة أو فكرة أو مصطلح أو نظرية أسهمت في تفسير القاعدة الجنائية ، ولكن لا توجد حالة يتصور فيها قيام عرف يسهم في تفسير القاعدة الجنائية .

(1) يعتنق فقهاء القانون الخاص هذا النظر – راجع ما سبق أن قلناه عن العرف ص ٢٨٧ وص ٥٩٨ وما بعدها .

(2) المرجع السابق ص ٣٤١ و ٣٤٢ بند ١٠٥ .

٢ – القواعد غير الجنائية والقرارات والأوامر الإدارية

٦٩١ – قد تحيل القاعدة الجنائية إلى قاعدة قانونية غير جنائية ، كما قد تحيل إلى قرار أو أمر إداري . في هذه الحالات تسهم القاعدة أو القرار أو الأمر في تكوين شق التكليف الجنائي . ومن أمثلة ذلك المادة ٣٤١ عقوبات مصري التي تعالج جريمة خيانة الأمانة ، محيلة إلى قواعد القانون المدني بشأن تكييف العقود التي يعتبر الإخلال بها مكوناً لهذه الجريمة . والمادة ٨١ عقوبات التي تجرم الإخلال بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عقد توريد أو أشغال ارتبط به الجاني مع الحكومة ، محيلة بذلك إلى قواعد القانون الإداري لتحدد طبيعة العقد ومضمون الالتزامات المترتبة عليه ومدى الإخلال بها . والمادة ٣٢٨ عقوبات التي تجرم التفالس بالتدليس ، محيلة إلى قواعد القانون التجاري لتحدد متى يعتبر التاجر متوقفاً عن دفع ديونه . ومن أمثلة الإحالة إلى قرار أو أمر إداري تذكر المادة ١٢٣ عقوبات التي تعاقب كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة . والمادة ١٢٠ عقوبات التي تجرم إحراز المفرقعات وصنعها واستيرادها قبل الحصول على ترخيص بذلك يصدره وزير الداخلية وتكل لهذا الوزير سلطة تحديد ما يعتبر مفرقعات حكماً بموجب قرار صادر منه . وتتولى القاعدة على بياض عادة الإحالة إلى قواعد غير جنائية أو إلى قرارات أو أوامر إدارية . وقد تدخل هذه جميعاً في تكوين الأنموذج القانوني للسلوك المعاقب عليه ، كما قد تمثل الجانب المفترض في الجريمة . فعقود الائتمان(1) مثلا تمثل الجانب المفترض لجريمة خيانة الأمانة ، بينما يعتبر توقف التاجر عن دفع ديونه بالالتجاء إلى التدليس سلوكاً إجرامياً معاقباً عليه .

٦٩٢ – وبدخول القاعدة غير الجنائية أو القرار أو الأمر الإداري مجال القاعدة الجنائية ، نزلت تلك جميعاً من القاعدة الجنائية منزلة الواقع ، لا القانون . ويترتب على هذا ضرورة انصراف علم الجاني إليها إذا كانت الجريمة

(1) ويؤثر الدكتور الصيفي تسميتها بالمركز الائتماني – المرجع السابق ص ٣٤٤ .

عمدية ، لأنها تعتبر من الوقائع الجوهرية التي ينفي الجهل بها وجود القصد الجنائي(١) .

٣ ــ القوانين والأحكام الأجنبية(٢)

٦٩٣ ــ قد تحيل القاعدة الجنائية إلى قانون أجنبي ، كما قد تحيل إلى حكم صادر من محكمة أجنبية ، وقد تكون الإحالة صريحة ، كما قد تكون ضمنية . من أمثلة الإحالة صراحة إلى القانون الأجنبي تذكر المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري التي تشترط لإمكانية معاقبة المصري عن جريمة ارتكبها في الخارج ، أن تكون الجريمة معاقباً عليها كذلك طبقاً لقانون البلد الأجنبي الذي وقعت فيه (٣) . ومن أمثلة الإحالة الضمنية إلى قانون أجنبي ما تنص

(١) سيأتي عرض هذا الموضوع تفصيلا عند بحثنا أثر الجهل بالقاعدة القانونية غير الجنائية على المسئولية الجنائية .

(٢) القانون الدولي الخاص هو القانون الذي يشتمل على القواعد القانونية التي تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي وتحكم الموطن والجنسية والمركز القانوني للأجانب في الدولة . وقد سبق أن ذكرنا أن بعض قواعد هذا القانون ، على ما يظهر من هذا التعريف ، ليست موضوعية بل هي قواعد إسناد أو إحالة تقتصر على إرشادنا إلى المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه عند تنازع القوانين وتنازع الاختصاص في علاقة قانونية خاصة وتتصل بدولة أجنبية ومشوبة بعنصر أجنبي إما بسبب أشخاصها أو مكان انعقادها أو موضوعها ولكنها ليست بين أفراد ينتسبون بجنسياتهم إلى دول مختلفة فحسب بل بين أفراد ينتسبون إلى دولة واحدة أيضاً كعلاقة زواج أو طلاق قانونية بين يوناني ويونانية في مصر . وبسبب عدم تجميع أحكام هذا القانون في مجموعة واحدة مستقلة يعود إلى حداثة نشأته نسبياً إذ يرجع ظهور قواعده إلى أيام الثورة الفرنسية وقبل ذلك لم يكن له وجود بسبب تطرف الدول في الأخذ بفكرة السيادة وعدم إمكان تطبيق قانون آخر في الدولة غير قانونها الوطني **Lex Fori** وعدم الاعتراف بالاختصاص القضائي لغير المحاكم الوطنية وضعف العلاقات الثقافية والاقتصادية بين الدول وصعوبة المواصلات ــ د . غالب الداودي ، مدخل لبعض المسائل في القانون الدولي الخاص السعودي ، مقال بمجلة كلية التجارة جامعة الرياض ص ٢١ .

(٣) تجرى غالبية قوانين الدول العربية على منوال القوانين الأخرى فلا تنص على تطبيق القانون الإقليمي الأجنبي بطريق مباشر ، فكل ما فيها أنه يرجع إلى هذا القانون عند النظر في تطبيق مبدأ الشخصية الإيجابية **Le principe de la personnalité active** لمعرفة ما إذا كان العمل الذي ارتكبه المواطن معاقباً عليه في الخارج . وقد انفرد القانونان اللبناني والسوري بالنص في المادة ٢٦ من كل منهما على ما يأتي « فيما خص الجرائم المقترفة في لبنان ــ أو ــ

عليه المادة ٦٠ عقوبات مصري من أنه « لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة »(١) . ولا شك أن هذا المصطلح كما ينصرف إلى القانون الوطني ، ينصرف كذلك إلى القانون الأجنبي .

ــ سورية ــ أو في الخارج تراعى شريعة المدعى عليه الشخصية لأجل تجريمه : ١ ــ عندما يكون أحد العناصر المؤلفة للجرم خاضعاً لشريعة خاصة بالأحوال الشخصية أو بالأهلية . ٢ ــ عندما يكون أحد أسباب التشديد أو الأعذار الشرعية ــ القانونية ــ ما عدا القصر الجزائي ناشئاً عن شريعة خاصة بالأحوال الشخصية أو بالأهلية » . وظاهر أن مراد الشارع هو الإحالة على قانون الأحوال الشخصية أو الأهلية الخاص بالمتهم للتحقق من توافر عنصر في الجريمة أو سبب لتشديد عقوبتها أو عذر يقترن بها ، وسواء وقعت الجريمة في الداخل أو في الخارج وسواء أدى هذا البحث إلى إفادة المتهم أو عدم إفادته » ولم يحط القانون اللبناني بسبب الإباحة الذي قد ينص عليه قانون الأحوال الشخصية كحق الزوج في تأديب زوجته ومتعلق المشرع اللبناني يؤدي إلى إفادة الفاعل من هذا السبب الذي تقضي به شريعته » . والأمر لا يخرج بذلك عن تعرض القاضي لمسألة فرعية يحكمها القانون الخاص بها وليس هذا هو مفهوم تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي على ما عرض له مؤتمر بوخارست سنة ١٩٢٩ ومؤتمر لشبونة سنة ١٩٦١ من التوصية بتطبيق القانون الأجنبي متى كان أصلح ولم يكن مخالفاً النظام العام في دولة القاضي . وربما كان أقرب إلى هذه الفكرة ما نصت عليه المادة ٢٥ من القانونين اللبناني والسوري على ما تقدم .

وغني عن البيان أنه يمتنع تطبيق القانون الأجنبي إذا كان في تطبيقه مخالفة صريحة للآداب أو النظام العام أو الأديان كما هو الحال بالنسبة لجريمة تعدد الزوجات مثلا ــ راجع **J. M. Bemmelen** في تقريره المقدم إلى المؤتمر الثامن لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة ١٩٦١ **Rev. Intern. Dr. Pén, 1960, p. 962.** ــ وانظر الدكتور كمال أنور محمد ، تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان ص ٢١٣ وما بعدها .

(١) السائد في الفقه المصري أن المقصود بمصطلح الشريعة هنا هو « القانون » فيشمل الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ولقد ذهب البعض إلى أن فكرة القانون الذي يخول الحق قد تتسع بحيث تشمل العرف وعندئذ يكون من قبيل الحق المقرر بمقتضى القانون والذي يستتبع الإباحة ، حق السيد في تأديب الخادم أو حق رب العمل في تأديب الصبي ــ الدكتور علي راشد ج ١ ص ٤٣٤ . وقد قضت محكمة النقض بأن الضرب الذي يقع من زوج على زوجته إذا جاوز حدود التأديب بأن أحدث أذى بجسم الزوجة كان معاقباً عليه ــ نقض ٣ مارس ١٩٣٤ ، المحاماة س ٥ ص ١٠٧ . كما قضت بأن « حق الزوج في تأديب زوجته مبين بالمادة ٢٠٩ من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية التي نصها « يباح للزوج تأديب زوجته تأديباً خفيفاً على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر ، ولا يجوز له أصلا أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق » . وقد قالوا إن حد الضرب الفاحش الذي تشير إليه المادة ــ

فإذا فرضنا أن شخصاً يقيم بمصر تزوج من يونانية طبقاً لقانون الأحوال الشخصية اليونانى ثم عمد إلى ضرب زوجته بقصد تأديبها ، وجب الرجوع إلى أحكام هذا القانون لا إلى أحكام القانون المصرى لتعرف ما إذا كان هذا حقاً يخوله له قانون الأحوال الشخصية اليونانى أو أنه ليس حقاً له . فإذا كان هذا القانون يجيز للزوج الحق فى تأديب زوجته كان فعله مباحاً ، وإلا سئل جنائياً عن جريمة الضرب متى وقعت بالإقليم المصرى على تقدير أن حق التأديب لا يعتبر من النظام العام فى الشريعة الإسلامية بحسبانه لا يحقق مصلحة عامة عليا ولا يعتبر من المبادئ الأساسية فى الشريعة ولأن الدستور كفل للجميع حرية الاعتقاد ، ومن المعروف أن مناط تطبيق أحكام القانون الأجنبى هو ألا يكون فى تطبيقه مخالفة صريحة للأديان أو الآداب فى مصر .

امثلة احالة القاعدة الجنائية الى الحكم الأجنبى

٦٩٤ — نذكر فى هذا الصدد المادة ٢٩ من قانون العقوبات اللبنانى التى تنص على أن الأحكام الجزائية الصادرة عن قضاء أجنبى بشأن أفعال تصفها الشريعة اللبنانية بالجنايات أو الجنح يمكن الاستناد إليها لأجل تطبيق أحكام الشريعة اللبنانية(١) بشأن التكرار ، واعتبار الإجرام ، واجتماع الجرائم ،

= هو الذى يؤثر فى الجسم ويغير لون الجلد ، فإذا ضرب زوج زوجته فأحدث بها سحجين فى ظاهر الخنصر وسحجاً آخر فى الصدر ، فهذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب — نقض ١٨ ديسمبر ١٩٣٣ ، المحاماة س ١٥ ص ١٦٦ .

وقضت كذلك بأنه « لا صحة للادعاء بأن النظام فى الجامعة الأزهرية يسمح بالتأديب الجسمانى ، لأن المادة ٣٧ من المرسوم بقانون الصادر فى ٢٧ إبريل ١٩٣١ باعتماد اللائحة الداخلية للمعاهد الدينية نصت على منع العقوبات البدنية قطعياً ، فلا يصح مع قيام هذا النص الصريح التمسك بأحكام الشريعة فى هذا الصدد — نقض ٥ يناير ١٩٤٢ المجموعة الرسمية س ٤٣ ص ٨٠ .

(١) يقصد المشرع قانون العقوبات اللبنانى . والمادة تكل القاضى اللبنانى أن يتثبت من كون الحكم الأجنبى منطبقاً على القانون من حيث الشكل والأساس وذلك برجوعه إلى وثائق القضية . والتثبت من صحة أساس الحكم مخالف لتوصية مؤتمر لاهاى ١٩٦٤ التى تقضى بالاعتماد على عدالة القضاء الأجنبى فلا يكون التثبت من صحة الحكم إلا من الناحية الإجرائية دون النظر فى الموضوع . هذا ووفقاً للمادة ٢٩ عقوبات لبنانى وسورى يمكن كذلك الاستناد إلى الأحكام الجزائية الصادرة عن قضاء أجنبى لأجل تنفيذ ما ينجم عنها من تدابير =

ووقف التنفيذ ، ووقف الحكم النافذ(١) ، وإعادة الاعتبار .

وقد تبنى هذا الاتجاه مشروع قانون العقوبات المصرى فى المادة ١٣ منه وتنص على أنه « يجوز الاستناد إلى الأحكام الجنائية الباتة الصادرة من المحاكم الأجنبية العادية فى جرائم منصوص عليها فى هذا القانون وقعت فى الخارج : ١ — لتنفيذ العقوبات الفرعية والتدابير متى كانت متفقة مع أحكام هذا القانون ولإجراء الرد والتعويض وغير ذلك من الآثار المدنية . ٢ — لتوقيع العقوبات الفرعية والتدابير المنصوص عليها فى هذا القانون أو الحكم بالرد والتعويض . ٣ — لتطبيق أحكام هذا القانون فيما يختص بالعود والاعتياد على الإجرام وتعدد الجرائم والإفراج تحت شرط . ويجب للاستناد إلى حكم أجنبى التثبت من صحته واعتماده أمام المحكمة المطلوب التنفيذ فى دائرتها والمختصة بنوع الجريمة المقضى فيها ، ومع ذلك إذا رفعت الدعوى واستند فيها إلى الحكم الأجنبى فيكون اعتماده من اختصاص المحكمة التى تنظر أمامها الدعوى » .

وقد يشير المشرع إلى الحكم الصادر من محكمة أجنبية كشرط سلبى لإمكانية تطبيق القاعدة الجنائية . من ذلك المادة ٤ عقوبات مصرى التى تقرر أن الحكم الأجنبى بالإدانة عن جريمة يسرى عليها القانون المصرى يحول بعد تنفيذه دون إعادة المحاكمة عن هذه الجريمة مرة أخرى فى مصر . ومفهوم مخالفة هذا النص أن الاختصاص ينعقد للقضاء المصرى عن هذه الجريمة إذا لم يكن الحكم الأجنبى قد نفذ فعلا(٢) .

= احترازية وفقدان الأهلية والإسقاط من الحقوق ما دامت متفقة والشريعة اللبنانية ، وتنفيذ الردود والتعويضات والنتائج المدنية الأخرى .

(١) انظر المواد ١٧٤ لبنانى و ١٧٢ سورى وما بعدها .

(٢) وأخيراً تجيز المادة ١٧ من اتفاقية تسليم المجرمين بين دول الجامعة العربية تنفيذ الأحكام القاضية بعقوبة مقيدة للحرية كالحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة فى الدولة الموجود بها المحكوم عليه بناء على طلب الدولة التى أصدرت الحكم ، على أنه يشترط لذلك موافقة الدولة المطلوب منها التنفيذ . وقد وقعت الاتفاقية المذكورة فى ٩ يونيه ١٩٥٣ واعتبرت نافذة فى مصر من ٢٨ أغسطس ١٩٥٤ وصدق عليها العراق بالقانون ٣٥ لسنة ١٩٥٦ وانضمت لها ليبيا فى ١٩ مايو ١٩٥٧ .

٤ ـ قواعد القانون الدولى العام

٦٩٥ ـ قد تحيل القاعدة الجنائية إلى إحدى قواعد القانون الدولى العام بحيث تسهم هذه الأخيرة فى بناء شق التكاليف أو فى نطاق تطبيق القاعدة من حيث الزمان . من ذلك ما تضمنته بعض الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج من استلزام وقوع الجريمة فى زمن الحرب (١) ، وما أشارت إليه من ارتكاب الجانى لأعمال عدائية ضد مصر (م ٧٧ ب) ، وما أشارت إليه من قطع للعلاقات السياسية بين مصر ودولة أجنبية ، وما أشارت إليه المادة ١٨٥ من مصطلحات « دولة شريكة أو حليفة أو صديقة(٢) » .

المطلب الثالث

المصادر الموجهة أو المرشدة

٦٩٦ ـ المصادر الموجهة أو المرشدة هى مصادر لا تدخل فى تكوين القاعدة الجنائية وإنما يقتصر دورها على مجرد توجيه المشرع عند وصفه لهذه القاعدة حتى يتوخى فيها الوضوح والإحكام ، وترشد القاضى عند تطبيقه لها ليحقق العدل ويتجنب العسف . هذه المصادر هى : الفقه والعرف القضائى والدين والعدالة والمبادئ العامة للقانون والقانون الطبيعى والقانون الدولى العام . ونتناول بإيجاز كلا من هذه المصادر .

أولا ـ الفقـــه :

الفقه القانونى بصفة عامة هو استظهار إرادة القانون والإحاطة بها فى عمق واستيعاب (٣) . والفقه الجنائى فرع من الفقه القانونى ، وهو علم يهدف إلى استيعاب أحكام فرع معين من فروع القانون هو القانون الجنائى .

والفقه القانونى بصفة عامة علم ، لا فن . وهو علم نظرى لا عملى ، لأن دوره قاصر على الاستيعاب والإلمام دون العمل والممارسة . أو بعبارة أخرى فالفقه علم تنظيمى موضوعه سلوك ما يجب أن يؤدى ، وليس موضوعه

---

(١) المواد ٧٧ أ ، و ٧٧ جـ و ٧٨ب و ٧٨ جـ و ٧٨ د عقوبات مصرى .

(٢) الصيفى ، المرجع السابق ص ٣٤٣ ـ ٣٤٦ .

(٣) جرسبينى ، المرجع السابق ص ٥ وما بعدها .

البحث عن السبب الذى من أجله وقع هذا السلوك فعلا(١) .

الفقه الجنائى

٦٩٧ ـ الفقه الجنائى إذن علم نظرى تنظيمى ، لهذا فإن موضوعه هو القاعدة الجنائية ذاتها لا الأشخاص ولا الوقائع التى يدور حولها ما تتضمنه هذه القواعد من تكاليف ، فهذه كلها تخضع لعلوم أخرى تتعدد بتعدد الزاوية التى تنظر منها إلى هذه الوقائع أو هؤلاء الأشخاص ، وهى فى الغالب علوم واصفة السببية . وينبثق عن كون الفقه الجنائى علماً تنظيمياً موضوعه القواعد الجنائية ذاتها ، أنه لا يعتبر مصدراً للقاعدة الجنائية ، فهذه توجد قبل أن يقوم الفقه بدوره فى استيعاب هذه القواعد والإلمام بها . كما ينبثق عن كون الفقه علماً نظرياً أنه ينبغى عدم الخلط بينه وبين القضاء ، فالفقه يتولى استيعاب القاعدة الجنائية والإحاطة بها واستظهار إرادة القانون بشأنها ، بينما يتولى القضاء التطبيق العملى للقاعدة ذاتها على ضوء من الوقائع المعينة بذاتها التى تطرح بين يدى القاضى . وينبثق ، أخيراً ، عن كون موضوع الفقه الجنائى هو القاعدة الجنائية ذاتها ، لا ما يخضع لحكمها من وقائع وأشخاص ، أن على الفقيه حينما يُعمل علمه فى القاعدة الجنائية ويجد ألا مناص من مواجهة هذه الوقائع أو الأشخاص أن يبرزها كما تراها القاعدة الجنائية ذاتها لا كما هى فى عالم الطبيعة(٢) . ويلعب الفقه دوراً هاماً فى توجيه المشرع وإرشاد

---

(١) فهو ليس بعلم واصف للسببية .

(٢) يقول الفقيه جرسبينى إن من الممكن ، لكل ما تقدم ، للمفاهيم القانونية أن تختلف عن المفاهيم الكونية أو الطبيعية ، وتفسير ذلك أنه إذا كانت المفاهيم الطبيعية مرتبطة بالحقائق الموضوعية ، فإن المفاهيم القانونية مفاهيم حرة غير مرتبطة بهذه الحقائق ، بل إنها مفاهيم تحكمية ، لهذا فهى مفاهيم اصطلاحية convenzionale . والأسلوب الذى يستخدمه الفقه القانونى ليقوم بدوره فى استظهار إرادة القانون الكامنة فى القاعدة القانونية هو « المنطق التجريبى » . وبهذا الأسلوب يجتاز الفقيه مراحل ثلاث : فى المرحلة الأولى يبدأ الفقيه استخلاص المعانى المختلفة التى تتضمنها القاعدة القانونية ، ويتولى تحليل هذه القاعدة ، ويكرر نفس الشىء بالنسبة لكل قاعدة على حدة حتى يتكشف أمامه ما يربط بين قاعدة قانونية وأخرى أو أخريات من روابط كانت خافية عليه أول الأمر ، وتسمى هذه بالطريقة الكشفية . وفى المرحلة الثانية يعمد الفقيه إلى تنظيم نتائج المرحلة الأولى فينسق بينها ويستخدمها فى إقامة بناء متكامل يسمى بالمنظمة القانونية ، حيث يحدد موضوع الرابطة القانونية وأطرافها والسبب المنشىء أو المعدل لها أو القاضى عليها ، وآثارها . وفى المرحلة الثالثة يعمد الفقيه إلى =

القاضي . فالفضل يرجع إلى الفقه فيما حققته التقنينات الحديثة من تقدم في الصياغة ، وفي الالتجاء إلى توزيع المواد في أبواب وفصول لكل منها مجاله الخاص به . كما أن للفقه دوره في تبصير القاضي بالجانب النظري للقاعدة الجنائية حتى يكون على بينة من أمرها حينما يواجهها في التطبيق .

ثانياً – العرف القضائي

٦٩٨ – نقصد بالعرف القضائي استقرار القضاء على تحديد معين لبعض الأفكار والمبادئ القانونية التي لم يتصد المشرع لتحديدها أو لتعريفها . ومن شأن هذا الاتجاه القضائي أن يكشف عما يعتور النصوص من نقص أو غموض ، فيعمد المشرع إلى التدخل لمعالجتها . من أمثلة ذلك أن قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٨٨٣ ، وذلك الصادر عام ١٩٠٤ أغفلا اعتبار بصمة الأصبع كالإمضاء في باب التزوير . وأمام سكوت المشرع اختلف القضاء حول ما إذا كانت نسبة بصمة الأصبع إلى شخص ما على غير الحقيقة يعتبر تزويراً أولا .

اتجهت محكمة النقض أول الأمر إلى انتفاء التزوير قولا إن المشرع حصر طرق التزوير في وضع إمضاءات أو أختام مزورة أو تغيير المحررات وغير ذلك دون أن يشير إلى بصمة الأصبع من بينها ، ثم عدلت بعد ذلك عن رأيها ذاك واعتبرت الفعل تزويراً لأن من يبصم بأصبعه أو أصبع غيره على محرر وينسب البصمة لشخص آخر إنما ينتحل شخصية ذلك الآخر ، والانتحال مع التوقيع طريقة من طرق التزوير المادي . وقد أفاد المشرع من هذا الاتجاه القضائي عند تعديله قانون العقوبات عام ١٩٣٧ ، فأضاف مادة جديدة برقم ١٢٥ سوى فيها بصمة الأصبع بالإمضاء في تطبيق أحكام التزوير .

ثالثاً – القانون الطبيعي

٦٩٩ – القانون الطبيعي هو القانون المثالي أو الفطري الذي يتولى تنظيم

= الصعود من الجزئيات إلى الأمهات ، ومن الخصوصيات إلى العموميات ، وهي مرحلة تحتاج إلى تركيز منه وتأصيل ، فيحدد ما يعتبر خاصاً من المنظمات وما يعتبر عاماً منها ، ويبين ما يعتبر أصلا منها أو استثناء ، ثم يتولى توزيع المنظمات على أبواب وأصول وفروع حتى ينتهي إلى أن ينشئ من مجموعها ما يسمى بالنظام القانوني – الصيفي ، المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها – ومسوس بهنام ص ٦٦ وما بعدها .

شئون البشر على نحو يتسق ومتطلباتهم الطبيعية ، متمتعاً في ذلك بالعمومية والثبات . ومن شأن القانون الطبيعي أن يهدي المشرع عند وضعه للقاعدة الجنائية ، ومن شأنه كذلك أن يتيح الفرصة لنقد هذه القاعدة إذا تعارضت مع مبادئه المثالية ، كما أن من شأنه أن يرشد القاضي حينما يتصدى لتطبيق القاعدة الجنائية أو لتفسيرها أو لاستخدام سلطته التقديرية . ونحيل إلى ما سبق أن ذكرناه بشأنه منعاً للتكرار .

رابعاً – العدالة

٧٠٠ – يهدف القانون الجنائي إلى تحقيق العدل بواسطة ما يقرره من عقوبات يراعى في تقديرها الملاءمة بينها وبين الجرم ، كما يراعى في تطبيقها كون الجاني آدمياً . لهذا تطورت العقوبة ، فبعد أن كان المقصود من توقيعها الإيلام ، تكفيراً عن خطيئة الجاني ، أصبحت أصلا وسيلة تقويم . وبهذا أصبحت العقوبة قائمة على فكرة النفعية التي تتمثل في منع المجرم من العودة إلى الإجرام مستقبلا ، وهذا هو المنع الخاص ، كما تتمثل في منع الآخرين غير الجاني من ارتكاب جرائم مماثلة تقليداً منهم للجاني ، أو انتقاماً منه كرد فعل لجريمة أو طلباً للثأر ، وهذا هو المنع العام[1] . وخلاصة القول في هذا الشأن أن القانون الجنائي يهدف من وراء قواعده إلى تدعيم أسس يقوم عليها النظام القانوني هي : حماية المصالح القانونية من أن تستهدف لضرر أو لخطر من مصالح أخرى غير قانونية ، وتوفير أكبر قدر من الطمأنينة للمواطنين لدرجة أعلن البعض معها أنه لا يوجد فرع آخر من فرع القانون يوفر لهم مثل هذه الطمأنينة .

خامساً – الدين

٧٠١ – نشأ القانون الجنائي لدى جانب من الأمم في ظل أحكام الدين ، فكان يستقي أحكامه من قواعد دينية . وكانت هذه النشأة واضحة في فجر الأمم الإسلامية حيث كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية بما تتضمنه من تحديد للجرائم ذات الحدود وجرائم التعزير . وثمة قواعد جنائية تتسق وأحكام

(١) Delogu, op. cit. no. 20 p 46. – محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٤ ص ١٢ .

ـ الدين ، كتحريم القتل والاعتداء على الأعراض والسرقة والنصب وخيانة الأمانة . وثمة قواعد لا تستقيم وأحكام الدين ، كاشتراط شكوى المجنى عليه فى جريمة الزنا لكى تتمكن النيابة العامة من تحريك الدعوى العامة بجريمة الزنا ، بل إن القانون الجنائى يتضمن عقوبات للجرائم ذات الحدود تختلف عن الحد المقرر لها فى الشريعة الإسلامية . والمشرع الجنائى لا يجرم شرب المسكر إلا إذا وجد شاربه بحالة سكر بيّن فى الطرق العمومية أو فى المحلات العامة (م ٣٨٥ عقوبات مصرى) .

٧٠٢ ـ وعلى الرغم من استقلال القانون الجنائى فى العصر الحديث عن الأديان ، فإن هذا القانون يحوى بين طياته نصوصاً تحمى الأديان . فقانون العقوبات المصرى يعاقب كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال دينى خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد . كما يعاقب كل من خرب أو دنس مبانى معدة لإقامة شعائر دين (م ١٦٠) . كما يجرم طبع أو نشر كتاب مقدس فى نظر أهل دين من الأديان التى تؤدى شعائرها علناً إذا حرف عمداً نص هذا الكتاب بما يغير من معناه . ويجرم تقليد احتفال دينى فى مكان عام أو مجتمع عمومى بقصد السخرية به أو ليتفرج عليه الحضور (م ١٦١) . ويحمى المشرع اللبنانى اسم الله من أن يمس علانية (م ٤٧٣ عقوبات لبنانى) كما يحمى تغيير المذهب (م ٤٧٦) . وتشدد التشريعات الحديثة عقوبة السرقة إذا وقعت فى محل عبادة . وإلى جانب هذا كله ، فقد تكون ممارسة حق مصدره الدين سبباً من أسباب إباحة الفعل (م ٦٠ عقوبات مصرى) .

المبحث الثالث

تفسير القاعدة الجنائية

التعريف بالتفسير(1) وأنواعه

٧٠٣ ـ التفسير هو استظهار إرادة النص من ثنايا الألفاظ والعبارات

(١) لا شك أن تطبيق القاعدة القانونية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسيرها وإن كان التطبيق أمراً يختلف عن التفسير ، فالتطبيق يجرى عادة دون إثارة الشك الذى يدعو إلى الانتقاء أى الذى يفتح الباب للتفسير أما التفسير فيجرى – على العكس – بالنسبة لتطبيق قول ـ

التى منها يتكون ، توطئة لتطبيقه على نحو يلائم تطور الحياة ويحقق غاية النظام القانونى ، دون مساس بألفاظه أو عباراته ، ودون صرف إرادته عن مقصدها . فقد يعتور ألفاظ النص أو عبارته لبس أو غموض ، وفى هذه الحالة ينحصر دور التفسير فى إزالة اللبس والغموض ، استخلاصاً لإرادة النص . وقد تكون عبارة النص واضحة المعنى وألفاظه ظاهرة الدلالة ، ومع ذلك قد يصل بنا تطبيق النص على حالته هذه إلى نتائج يأباها المنطق وتتعارض مع غاية النظام القانونى ، وعندئذ ينبغى علينا ألا نتمسك بحرفية النص وألا نتوقف عند معناه اللغوى ، بل يجب علينا أن نتجاوزهما إلى ما يوحى به المنطق ويحقق للنظام القانونى غاياته ، فنهجر بذلك الأسلوب اللغوى فى التفسير ، إلى أسلوبه المنطقى . وللتفسير أنواع متعددة يمكن ردها إلى ثلاث فئات كل منها تتوقف على الزاوية التى تتناول منها التفسير :

١ ـ فبالنظر إلى مصدر التفسير ، يمكن تقسيم التفسير إلى تفسير رسمى يتناوله المشرع ، وتفسير فقهى ، وتفسير قضائى .

٢ ـ وبالنظر إلى أسلوب التفسير ، يمكن رده إلى تفسير لغوى وآخر منطقى ، وأولهما يعتمد على اللفظ والعبارة (المبنى) ، والآخر يعتمد على المعنى والقصد .

٣ ـ وبالنظر إلى النتيجة التى تتمحض عنها أعمال التفسير يمكن رده إلى تفسير كاشف أو مقرر يتطابق فيه المعنى مع المبنى ، وتفسير موسع من مجال تطبيق نص آخر ، وثالث مضيق من هذا المجال .

ونتناول كل نوع من هذه الأنواع فى إيجاز .

التفسير الرسمى أو التشريعى

٧٠٤ ـ يتكون هذا النوع من قواعد قانونية ، وظيفتها أن تتولى شرح غيرها من القواعد القانونية ، وهى قواعد تصدرها نفس السلطة التى أصدرت القاعدة محل التفسير أو سلطة أعلى منها تملك إصدارها . وقد تصدرها جهة أخرى بموجب تفويض يخولها سلطة إصدارها ، وكقاعدة عامة إذا فوضت

ـ أو مضمر . ويلعب القضاء والفقه ، بالإضافة إلى دورهما كمصدرين تفسيريين القانون ، دوراً كبيراً فى تطويره وهذا ما يوضحه H. Capitant فى مقدمة كتابه « الأحكام الكبرى فى القانون المدنى » .

جهة معينة بإصدار قانون ما ، فإنها لا تملك بعد إصداره أن تصدر قانوناً لاحقاً يفسر الأول إذ تكون قد استنفدت السلطة الاستثنائية المخولة لها بموجب هذا التفويض ، ما لم يكن التفويض يتضمن صراحة أو ضمناً سلطة إصدار مثل هذا القانون المفسِّر[1] . وقد تصدر القاعدة المفسرة معاصرة للقاعدة محل التفسير[2] كما قد تصدر فى تاريخ لاحق عليها ، وفى هذه الحالة الأخيرة يسرى مفعول القاعدة الأولى على الثانية بأثر رجعى طالما لم يصدر حكم تنتهى به المنازعة حول الواقعة محل التفسير ولو كانت تضيف إلى الأولى معنى لم تكن هذه تقصده . فإذا كان قد صدر حكم بات فإنه يحوز قوة الشىء المقضى فيه رغم ما كشفت عنه القاعدة المفسرة اللاحقة من أنه حكم بنى على تفسير خاطئ للقاعدة محل التفسير .

أسلوبا التفسير : أولا : الأسلوب اللغوى

٧٠٥ ــ يهدف هذا الأسلوب إلى الكشف عن إرادة النص التشريعى بالاعتماد على الألفاظ والعبارات التى يتكون منها . فقد يختلف معنى اللفظ الواحد من نص لآخر[3] . وقد يستعمل المشرع لفظين ومع ذلك يقصد من ورائهما معنى فنياً واحداً يستخلص من مقارنة النصين اللذين تضمنا اللفظين[4] . وقد يستعمل المشرع لفظاً معيناً ويقصد من ورائه الإشارة

(١) محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٢ ص ٩٤ .

(٢) من قبيل ذلك المادة ٨٥ عقوبات مصرى التى تحدد معنى السر ، وقد وردت ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج ، وقد صدرت عن المشرع فى نفس الوقت الذى عدل فيه هذه الفئة من الجرائم بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٥٧ .

(٣) من هذا القبيل لفظ « الاختلاس » ، فمعناه فى المادة ٣١١ عقوبات مصرى التى تعرف السرقة بقولها « كل من اختلس منقولا مملوكاً للغير فهو سارق » يختلف عن معناه فى المادة ٣٤١ عقوبات التى تجرم خيانة الأمانة معبرة عن ركنها المادى بقولها « اختلس أو استعمل أو بدد » . فالاختلاس المكون للسرقة معناه إنهاء السارق لحيازة المال المعتدى عليه وإنشاء حيازة جديدة ومستقلة عن الأولى له أو لغيره بدون رضاء المجنى عليه . أما الاختلاس المكون لخيانة الأمانة فمعناه كل فعل يدل على تغيير حيازة المال المؤتمن عليه من حيازة ناقصة لحساب الغير إلى حيازة كاملة مقترنة بنية التملك ــ انظر محمود مصطفى ، القسم الخاص ص ٥٥٥ .

(٤) من أمثلة ذلك أن المشرع أشار فى المادتين ٧٨ أ ، ٧٨ ب إلى لفظ « تدخل » فى المادة الأولى نص على معاقبة كل من تدخل لمصلحة العدو فى تدبير لزعزعة إخلاص =

إلى معنى فنى يختلف عن معناه اللغوى[1] . وقد يؤدى الفحص الدقيق لعبارة المشرع إلى الكشف عن إرادة له مستترة فى العبارة . من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٣٤١ عقوبات مصرى التى تجرم خيانة الأمانة من عبارة « أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع . . . » . فقد فسر بعض الفقهاء المصريين هذه العبارة على أنها تتضمن دلالة عقدين (سوى الوديعة والإجارة وعارية الاستعمال والرهن والوكالة التى أشار إليها النص صراحة) هما عقد الاستصناع ، أى إجارة العمل ، وعقد آخر غير مسمى بموجبه يقوم شخص بعمل مادى يتصل بشىء مملوك للغير بدون مقابل ، أى عقد خدمات مجانية[2] ، ومنهم من فسرها على أنها تتضمن عقد المقاولة ، لا العمل ، وعقد تقديم خدمات مجانية . وفسرها البعض[3] بأنها تتضمن ثلاثة عقود هى : عقد عمل إذا كانت ثمة علاقة تبعية تربط العامل برب العمل ، وعقد مقاولة إذا انتفت هذه التبعية وكان الجانى يتقاضى أجراً عن العمل الذى يقوم به ، وعقد تقديم خدمات مجانية إذا انتفت التبعية وكان العمل دون مقابل ، وبذلك تصبح عقود الائتمان التى أشارت إليها هذه المادة ثمانية[4] ، لا خمسة كما يرى البعض ، ولا سبعة كما يرى البعض الآخر .

= القوات المسلحة ، وفى المادة الثانية على معاقبة كل من « حرض الجند فى زمن الحرب . . أو سهل لهم ذلك وكل من تدخل عمداً بأية كيفية » فمصطلح « تدخل » فى هذا المقام لا يعدو أن يكون مرادفاً لمصطلح « أسهم » فى الجريمة سواء بصفته فاعلا أصلياً أو مجرد شريك بالتحريض أو بالاتفاق أو بالمساعدة ــ انظر الصيفى ، القسم الخاص ، فى الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج ص ٣٧ .

(١) مثل لفظ « أخفى » الوارد فى المادة ٤٤ مكرر « كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جناية أو جنحة . . . » . فالإخفاء هنا ليس معناه أن يبعد الجانى الشىء عن أنظار الناس كما هو مفهوم الكلمة لغة ، بل المقصود به فى هذا المقام معنى فنى هو فقط الاحتياز للشىء المذكور أو الاتصال المادى به مهما كانت صفته ، أى ولو كان علناً وعلى مرأى من الكافة ــ محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٣٢٩ .

(٢) رءوف عبيد ، القسم الخاص ص ٤٩١ .

(٣) محمود نجيب حسنى ، القسم الخاص .

(٤) الصيفى ، النظرية العامة لجرائم المال ص ١٢٧ وما بعدها .

الأصل التقيد فى تفسير ألفاظ النص الجنائى بمعناها الفنى الذى استعمله المشرع فى فرع آخر من فروع القانون

٧٠٦ – تتعدد فروع القانون التى تعمــل داخل نظام قانونى واحد وتهدف كلها إلى أن تتعاون معاً فى تحقيق الصالح العام بصفته غاية النظام القانونى . ويقتضى هذا التعاون إزالة عوامل التعارض والتطاحن بين هذه الفروع(١) . لهذا فالأصل عند تفسيرنا لفظ استخدمه المشرع فى تشريع جنائى وكان قد سبق له أن استخدمه فى فرع آخر من فروع القانون ، أن يخلع على اللفظ الأول المعنى الفنى الذى استخدمه المشرع للفظ الثانى ، ما لم تكن هناك مبررات كافية للخروج على هذا المعنى وبشرط ألا يترتب على ذلك الحيلولة دون تحقيق النظام القانونى لغايته الأسمى وهى الصالح العام . وتعويلا على ذلك فإن المعنى الفنى لمصطلح الملكية ، والانتفاع ، والاستعمال ، وتكييف عقود الأمانة ، تخضع كلها فى مجال النص الجنائى لما خلعه عليها المشرع المدنى من معنى فنى ، بينما يختلف مصطلح المنقول فى مجال جريمة السرقة عنه فى مجال القانون الخاص ، فيعتبر منقولا الحجر الذى ينتزعه السارق من جدار الغير رغم أن الجدار يعتبر عقاراً فى ظل القانون الخاص ، كما يعتبر العقار بالتخصيص منقولا فى نظر القاعدة الجنائية التى تجرم السرقة(٢) . ومن جهة أخرى يعتبر عقاراً فى نظر المادة ٣٦٩ عقوبات(٣) ، العقار المعد للهدم رغم أنه يعتبر منقولا بحسب المآل فى نظر القانون المدنى . وفى نظر المادة ٣٣٧ عقوبات التى تجرم إصدار شيك بدون رصيد ، يعتبر شيكا كل ورقة لها مظهر الشيك ولو كانت لا تعد كذلك فى نظر القانون التجارى(٤) .

---

(١) Delogu, la loi pénale

(٢) كما اعتبرت محكمة النقض « العوامة » عقاراً تقدر قيمتها وفق للمادة ٣٦/٢ من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات أى بما يعادل اثنى عشر مثلا من القيمة الإيجارية السنوية المتخذة أساساً لربط العوايد تأسيساً على أنها تخضع لحكم المادة الأولى من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ فى شأن ضريبة العقارات المبنية ولو لم تكن عقاراً فى حكم القانون المدنى – نقض ١٧ فبراير ١٩٧١ فى الطعن ١٤٤ سنة ٣٣ ق لم ينشر بعد .

ولا شك أنها لا تعتبر عقاراً أيضاً فى نظر القاعدة الجنائية التى تجرم السرقة .

(٣) التى تجرم دخول عقار فى حيازة الغير بقصد منع حيازته بالقوة .

(٤) صدرت أحكام من القضاء بأن الورقة التى تتخذ مظهر الشيك ومع هذا تحمل =

العبرة بالنص عند اختلافه مع المذكرة الإيضاحية

٧٠٧ – فى حالة اختلاف النص مع المذكرة الإيضاحية تكون العبرة بالأول دون الثانية . وتبرير ذلك أن النص هو المجال الأساسى الذى يفصح به المشرع عن إرادته على نحو ملزم للمفسر وفيه تكمن ، على حد تعبير محكمة النقض ، كل القيمة القانونية(١) .

الأصل هو التقيد بمدى نطاق النص سعة أو تضييقاً(٢)

٧٠٨ – ومؤدى هذه القاعدة ألا مجال للتضييق من نطاق النص فى حالة

= تاريخين تعتبر شيكاً فى نظر المادة ٣٣٧ عقوبات – استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر ١٩٣٩ مشار إليه فى « جرائم الشيك » ١٩٦٣ ص٦٩ حاشية رقم ١ . ويؤيد مؤلف هذا الكتاب ذلك الاتجاه القضائى ذاكراً أن المشرع هدف بتجريم بعض صور التعامل بالشيكات إلى إزجاء الثقة بها ، وفى المواد الجنائية يهتم دائماً بالحقائق الواقعية دون المسائل الافتراضية ، ومن ثم فإذا كان للورقة مظاهر الشيك وهى فى يد المستفيد على هذا الاساس فلا محل الكلام عن كونها أداة ائتمان لا أداة وفاء إذا كانت تحمل تاريخين لأنه برغم هذا إذا قدمت فى تاريخ الاستحقاق وجب سداد قيمتها فوراً مهما تداولت بعد هذا التاريخ .

ثم يضيف أنه فضلا عن هذا فإن الناحية العملية توجب ذلك التفسير أى الاعتداد بحقيقة الواقع . فمثلا الكمبيالة الفورية تشبه الشيك فى بعض الوجوه ولكنها مع ذلك لا تتمتع بمثل حمايته ، والعبرة فى تفرقتهما بالأمر الواقع ، وإذن فهذه الحقيقة هى الواجبة الحماية دون المظاهر التى قد توقع الفرد فى الخطأ . ومن هذا الرأى أيضاً الدكتور عبد الفتاح الصيفى وهو يبرر هذا الخروج ، فى هذه الحالة ، على معنى مصطلح الشيك الوارد بالقانون التجارى ، بأن لتجريم الشيك غايته التى تختلف عن الغاية التى يستهدفها القانون التجارى من وراء تنظيمه لأحكام الشيك ، فضلا عن أن اختلاف المعنيين فى مقامنا هذا لا يتعارض وغاية النظام القانونى فى تحقيق الصالح العام ، بل على العكس من ذلك فهو يدعمه – انظر القاعدة الجنائية ، المرجع السابق ص ٣٦٨ – وراجع فى هذا المرجع موضوع تفسير القاعدة الجنائية ص ٣٥٥ – ٣٩٣ .

(١) نقض جنائى ٩ يونيو سنة ١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٣٩ .

(٢) والأصل المقرر هنا هو أنه « لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص » . ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به محكمة النقض من ضرورة إعمال حكم المادة ٣١٧ / ٨ فى شأن السرقة التى تحدث من المحترفين بنقل الأشياء وإن كانت هذه الحالة بالذات يمكن أن تشملها جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٠ عقوبات مادام المشرع قد اختص الحالة المذكورة بالمادة ٣١٧ / ٨ فى باب السرقة نقض ٢١ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد جـ ٢ ص ٣٧٢ ونقض ٢٢ مايو ١٩٣٩ المجموعة الرسمية س ٤١ ص ١٢٨ . وما قضت به أيضاً بالنسبة لجريمة فك الأختام الموضوعة بناء على أمر صادر من جهات الحكومة أو إحدى المحاكم بقولها « إن نص هذه المادة واضح فى أن العقاب إنما هو على كسر الأختام ذاتها فكل طريقة أخرى غير هذا الكسر أو غير العبث بالأختام ذاتها يتوصل بها إلى النفوذ إلى داخل المكان لا عقاب =

وضوحه وكشفه عن إرادته حتى ولو كان الباعث على التضييق تحقيق مصلحة للمتهم . كما أنه لا مجال للتوسع فى نطاق النص فى حالة وضوحه جرياً وراء التوسع فى الحماية الجنائية حتى ولو كان الباعث هو الصالح العام لأن فى هذا مخالفة لإرادة النص وخروجاً على مبدأ الشرعية .

ل) رقابة محكمة النقض على التفسير(١)

٧٠٩ – إنه إذا كان لا يصح مراقبة قاضى الموضوع فيما يقرره متعلقاً بثبوت الوقائع أو عدم ثبوتها فإنه يصح الطعن بخطئه فى تكييف ما أثبته من تلك الوقائع . وذهبت محكمة النقض الفرنسية ، فيما يتعلق بجرائم النشر ، إلى أن حقها فى الرقابة على تطبيق حكم القانون على الواقع يمتد إلى المقال نفسه من ناحية تحديد معانيه وتبين علاقته بالقانون ، ذلك لأن من الاجتهاد فى القانون أن تتحقق محكمة النقض باطلاعها على المقال ومراجعتها إياه مما إذا كانت محكمة الموضوع وهى فى صدد تحديد معانيه وعلاقتها بالتهمة قد أخطأت فى التفسير فمسخت المقال وخالفت القانون أو أخطأت فى تطبيقه . بيد أن محكمة النقض لا تتدخل فى التفسير إلا إذا كان قائماً على عناصر المقال المكونة له **éléments intrinsèques** أما إذا كان تفسير قاضى الموضوع

= عليها بمقتضى المادة المذكورة مهما يكن من مخالفة هذه الطريقة الغرض المقصود من وضع الأحكام ذلك بأن نصوص قانون العقوبات هى مما لا يجوز التوسع فى تفسيره وإخراج معناه عن دلالة الألفاظ » – نقض ١٨ يناير ١٩٣١ مجموعة القواعد ج ٢ ص ٢١٥ .

هذا ولا يوجد فى علم القانون من طرق البحث ما يوصل إلى معرفة أغراض الشارع وتحديدها بالدقة أولى من الرجوع إلى حكم المادة المختلف عليها وماذا كانت فى القوانين السابقة من أول عهد التشريع فيها ، بهذه الطريقة يظهر حكم القوانين السابقة ، إن وجدت ، أو القانون السابق على النص الحالى وتظهر سلسلة التشريع التى تربط كلا من هذه القوانين المتوالية ويبين هل استمر القانون الجديد على هذا التسلسل بين القديم والجديد أو قطع الصلة به ووضع قاعدة جديدة لمصلحة رآها استرشاداً من قانون أجنبى أو عملا بثمرة التجارب وفقه الأحكام أو سعياً وراء غرض أرقى أو تحقيقاً لمصلحة غابت عن القانون الماضى . وإذا كان هناك اختلاف بين النص العربى وترجمته الفرنسية مثلا فلا يجوز الانحراف عن المعنى المتبادر من النص العربى إلى المعنى المتبادر من الترجمة الفرنسية ولو كان النص أو القانون فى جملته مأخوذاً عن القانون الفرنسى بدعوى أن المشرع لم يقصد المعنى المتبادر من ذلك النص لأنه منزه عن الجهل والخطأ والسهو .

(١) يراجع فى الرقابة على التفسير كتاب النقض فى المواد المدنية والتجارية للمرحومين حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ص ٢٥٠ وما بعدها .

مستنداً إلى ظروف خارجة عن المقال **extrinsèques** من شأنها أن تحدد وجهة المقال أو الكلام أو تكسبه معنى مؤذياً أو شائناً ولولاها ما كفت عبارات المقال أو الكلام وحدها لتحديد تلك الوجهة أو لترجيح ذلك المعنى المؤذى فإن محكمة النقض لا تتدخل فى التفسير . ومحكمة النقض الفرنسية تشرف على تفسير المقال سواء أكان واضح العبارة أم غامضها وسواء أكان التفسير الذى ارتضاه قاضى الموضوع محتملا أم سائغاً أم غير محتمل ولا سائغ(١) . ولم تتجاوز محكمة النقض المصرية ، فى تبيانها القانونى لحقها فى مراقبة التفسير ، ما رددته أحكام محكمة النقض الفرنسية(٢) . ويؤخذ على مذهب كلتا المحكمتين الذى تفصح عنه أحكامهما فى هذا الشأن أنه يخالف مذهبهما العام فى الرقابة على تفسير المحررات والأوراق عموماً سواء فى المواد المدنية أو التجارية إذ من المقرر فى فرنسا ومصر أن محكمة النقض لا رقابة لها على تفسير الأوراق بصفة عامة إلا إذا كان قاضى الموضوع قد عدل عن معنى الورقة الظاهر دون أن يبين لذلك علة معقولة من ظروف الدعوى ، أما إذا كان قد فسر تفسيراً معقولا أو محتملا فلا سبيل لمحكمة النقض عليه ولو كانت هى ترى تفسيراً للورقة أولى من تفسيره وأفضل لأن سلطة التفسير معهود بها أصلا لقاضى الموضوع بغير معقب إلا فى ذينك الموضعين أى حين يطرح المعنى الظاهر المحرر بغير موجب يذكره فى حكمه وحين يحمل المحرر على معنى غير معقول أو غير محتمل(٣) .

(١) كتاب النقض ، المرجع السابق ص ٢١٣ – محمد عبد الله ، المرجع السابق ص ١٨٣ والأحكام العديدة المشار إليها بالهامش .

(٢) فتجدها تقرر أن لها فى الجرائم التى تقع بطريق النشر أن تراقب محكمة الموضوع فيما ترتبه من النتائج القانونية على المقال موضوع المحاكمة وذلك لا يكون إلا بأن تبحث هى المقال لتتبين مناحيه وتستظهر مراميه ثم تطبق القانون على وجهه الصحيح على أساس ما يتبين من حقيقة الأمر فيه – نقض ١٤ مارس ١٩٣٢ مجموعة القواعد ج ٢ ص ٣٢٣ .

(٣) كتاب النقض ، المرجع السابق ص ٢٨١ و ٢٨٢ . على أنه يبدو أن محكمة النقض عندنا قد تخلت أخيراً عن مذهبها هذا ولم تعد تدعى لنفسها الحق فى تفسير المقال لتبين مراميه كما كانت تفعل – راجع نقض ١٥ يونيو ١٩٤٨ مجموعة القواعد ج ٧ ص ٦٠٧ .

– هذا ومحكمة النقض تراقب سلامة تطبيق المحاكم للقانون حين يطعن أمامها على الأحكام الصادرة من تلك المحاكم لمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه وتفسيره . وما تصدره المحكمة =

٧١٠ – ونسترعى النظر إلى أن كل خطأ من القاضى فى الفصل فى النزاع سواء تعلق بمسألة إجرائية أو عقابية هو محض خطأ فى القانون . ولا يشترط فى النزاع الذى يفصل فيه القاضى أن يتمسك به أحد الخصوم بل يعتبر نزاعاً كل ما يجب على القاضى إثارته من تلقاء نفسه[١] . وقد ميز المشرع بين مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والخطأ فى تأويله[٢] وهى الحالات التى تجيز الطعن بالنقض فى الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة فى مواد الجنايات والجنح . والمبادئ القانونية التى ترسيها محكمة النقض غير ملزمة لجهات المحاكم الأخرى فى غير النزاع الذى صدرت فى شأنه ، فى حين أن المحاكم على اختلاف درجاتها بما فيها محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا تتقيد بما تصدره المحكمة العليا من تفسيرات للقوانين لما لها من صفة الإلزام وإن لم تكن تشريعاً[٣] .

= العليا الآن من قرارات تفسيرية للقوانين ، وما قد تصدره المحكمة الدستورية بعد إنشائها منها ، يلزم جميع المحاكم ومنها محكمة النقض .

(١) وهذا المعيار يتفق مع قضاء محكمة النقض التى جرت على عدم قصر مدلول الخطأ فى القانون على الخطأ فى تطبيق قانون العقوبات . مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من تلقاء نفسها ، وهو ما لا يجوز إلا عند الخطأ فى القانون ، بنقض الحكم الاستئنافى المطعون فيه الصادر بعدم قبول الاستئناف شكلا لرفعه بعد الميعاد بعد أن تبينت محكمة النقض أن الاستئناف فى واقع الأمر صادف الميعاد القانونى – نقض ٢٨ إبريل ١٩٥٨ س ٩ ص ٤٤١ . كما قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه بقبول استئناف النيابة شكلا على الرغم من تعديله يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون – نقض ٢٣ أكتوبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٠٠٨ . وفى هذا المعنى نقض ١١ يناير ١٩٦٥ س ١٦ ص ٣١ .

(٢) تتحقق مخالفة القانون بترك العمل بنص قانونى لا يحتمل التأويل ولا خلاف فى وجوب الأخذ به كعدم الحكم بالمصادرة مع وجوب الأخذ بها أو إغفال تطبيق قانون أصلح للمتهم . ويتحقق الخطأ فى تطبيق القانون بإعمال نص قانونى لا ينطبق على النزاع كالحكم على المتهم غير العائد بالعقوبة المقررة للعائد . ويتحقق الخطأ فى تأويل القانون بإعطاء النص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الصحيح كالخطأ فى تفسير معنى السلاح والليل كظرفين مشددين فى السرقة والخطأ فى تحديد المقصود بالإكراه المقترن بالسرقة – فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ ص ٩٩٠ .

(٣) وهذا على خلاف التوجيهات التى تملك المحكمة العليا فى الاتحاد السوفيتى – على ما سبق أن ذكرنا – أن تعدل بها القانون القائم أو تنشىء مبدأ قانونياً جديداً وهو ما تعتبر معه هذه التوجيهات من المصادر العامة للتشريع إلى جانب التوجيهات المفسرة للقوانين القائمة =

وضع القواعد الجنائية من القياس

٧١١ – لعل من الأوفق ، قبل أن نواجه وضع القواعد الجنائية من القياس ، أن نبين ما هو القياس وما هى شروطه حتى تنجلى أمامنا المشكلة ويتحدد حلها . فالقياس كما عرفه الأصوليون فيما سبق لنا إيراده ، هو إلحاق حادثة لم ينص على حكمها بحادثة نص على حكمها وإشراكها فى الحكم الشرعى لاشتراكهما فى علة الحكم .

ولا يخرج تعريف فقهاء القانون الوضعى ، الخاص منه والجنائى[١] ، عن هذا التعريف . ويشترط الأصوليون ، كما رأينا ، فى الأصل المقيس عليه عدة شروط يعنينا منها بالنسبة للقانون الوضعى[٢] ألا يكون حكم الأصل مخصوصاً بحكه بسبب نص آخر يدل على هذا الاختصاص ، لأنه لو ثبت اختصاصه بالنص لصار التعليل والقياس مبطلا لذلك الاختصاص . وأن يكون حكم الأصل معقول المعنى ، أى تدرك علته بواسطة العقل ، لا فرق فى ذلك بين أحكام مبتدأة غير مستثناه من أحكام كلية وبين الأحكام المستثناة من أحكام كلية . وأن يكون حكم الأصل حكماً شرعياً عملياً ، إذ لا يجرى القياس فى العقليات لعدم إمكان اتحاد المناط بين الأصل والفرع وأن تكون علة حكم الأصل مما يمكن تحققها فى غيره ، على معنى أن تكون العلة متعدية لا قاصرة[٣] . وعلى ضوء ما يشترطه الأصوليون فى الأصل المقيس عليه ، أو فى عبارة أخرى فى الحكم المنصوص عليه والذى يطلب المفسر تعديته إلى الفرع المقيس عليه ، تبرز قاعدتان أصوليتان هذه الزاوية فى القياس ، الأولى : أن من الممكن تعدية حكم الأصل ، سواء كان حكماً مبتدأ غير مستثنى من حكم كلى أو كان حكماً مستثنى من حكم كلى متى

= التى تملك تلك المحكمة إصدارها لترشد القضاة من طريقها إلى التفسير الصحيح للقانون أو إلى بيان كيفية تفسير قانون بالقياس على قانون آخر – وراجع ص ١٤٣ بند ٥١٠ .

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ص ٥١٩ – وراجع ما ذكرناه ص ١٢٩ – ١٥٥ .

(٢) محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٧٢ .

(٣) بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ص ٢٠٩ حيث يضيف إلى شروط الأصل شرطين آخرين هما أن يكون حكم الأصل غير منسوخ ، ويقابله فى التشريع الوضعى ألا يكون النص المتخذ أصلا للقياس قد ألغاه تشريع لاحق ، وأن يكون هذا الحكم متفقاً عليه بين الأئمة ، إذ لا يكفى أن يكون الاتفاق بين المتنازعين .

توافر شرطان أولهما أن يكون حكمه معقول المعنى ، وثانيهما أن تكون علته متعدية لا قاصرة . والثانية : أن الحكم الخاص لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه ، ويعتبر الحكم خاصاً متى كانت علة حكمه قاصرة عليه وغير متعدية لغيره ، على معنى أنها مما لا يمكن تحققها فى غيره . وعلى ضوء هاتين القاعدتين يتضح لنا أن فى إطلاق القول بأن الاستثناء لا يقاس عليـه ولا يتوسع فيه ، مجافاة للقاعدة الأصولية الأولى ، وذلك لأن من الممكن إخضاع الحكم الاستثنائى للقياس إذا كانت علته غير قاصرة عليه . فمناط القياس فى حالتنا هذه إذن هو اشتراك الحكم المنصوص عليه مع الحكم المسكوت عنه فى العلة المتعدية من الأول إلى الثانى . كما يتضح لنا أن القاعدة الأصولية الثانية ، وهى أن الحكم الخاص لا يخضع للقياس ، لم تحظ بعناية المفسرين على الرغم من أهميتها بالنسبة للقاعدة الأولى ، فلقد حجبت حفاوة المفسرين بالحكم المستثنى الضوء عن الحكم الخاص . ولكن ، متى يعتبر الحكم الذى تتضمنه قاعدة قانونية حكماً أصلياً ، أو فى عبارة أخرى حكماً مبتدأ على حد تعبير الأصوليين ، ومتى يعتبر حكماً مستثنى ؟ ومتى يعتبر الحكم الذى تتضمنه القاعدة القانونية حكماً عاماً ومتى يعتبر الحكم خاصاً ؟ وإذا كان الحكم مستثنى فمتى يجوز القياس عليه ومتى يحظر القياس عليه ؟ فى الإجابة على هذه الأسئلة ما يحدد موقفنا من مشكلة القياس فى مجال القواعد الجنائية .

متى تعتبر القاعدة القانونية استثناء

٧١٢ — تتعدد المعايير التى وضعها الفقه لتحديد متى تعتبر القاعدة أصلا ومتى تعتبر استثناء :

١ — فمن الفقهاء من يعمد إلى معيار إحصائى ، فيعتبر القاعدة عامة إذا كانت تحكم طائفة من الوقائع تزيد فى عددها عن تلك التى تحكمها قاعدة أخرى ، فالأولى أصل والثانية استثناء من هذا الأصل . ويؤخذ على هذا المعيار أنه يؤسس على اعتبار عرضى لا يتصل بجوهر القاعدة القانونية وموضعها من النظام القانونى ، لهذا فهو غير كاف لتحديد طبيعة القاعدة الاستثنائية[1] .

(١) انظر فى عرض هذا الرأى ونقده Delogu, les causes de justification cit. p. 57 جلال العدوى ، الإجبار القانونى على المعارضة ص ١٦٧ .

٢ — ومنهم من يعتبر القاعدة استثناء إذا جاءت بحكم ليس فقط مخالفاً لحكم آخر تتضمنه قاعدة أخرى ، بل ويكون من شأنه إلغاء حكم هذه القاعدة الأخرى . ويعيب هذا المعيار أنه لا يمكننا من التمييز بين القاعدة الاستثنائية والقاعدة الخاصة ، وذلك لأن القاعدة الخاصة بدورها تأتى بحكم من شأنه إلغاء ما تقضى به قاعدة أخرى .

٣ — ومنهم من يرى أن تحديد ما إذا كانت القاعدة استثناء لا يكون بقصر النظر على المقارنة بينها وبين قاعدة قانونية أخرى ، إذ أن ما يعتبر أصلا بالنسبة لقاعدة استثنائية قد يعتبر فى نفس الوقت استثناء بالنسبة لقاعدة أخرى ، وإنما بمد النظر إلى مبدأ عام أو إلى أحد الموجهات العامة للنظام القانونى ، على حد تعبير بعض الفقهاء الإيطاليين[1] .

معيار اعتبار القاعدة خاصة

٧١٣ — تختلف هذه المسألة باختلاف وجهة النظر التى ننظر منها إلى القاعدة الأولى بحيث يمكن القول بأن ثمة نوعين من القواعد الخاصة :

١ — نوع تعالج فيه القاعدة حالة كانت تتسع لها قاعدة أخرى فاستغرقتها القاعدة الأولى بحكم خاص لا يرقى إلى مرتبة الحكم العكسى فالحالة التى تعالجها القاعدة الخاصة تكون من جنس الحالات التى تعالجها القاعدة الأخرى بحيث يمكن اعتبار الأولى نوعاً من الثانية . وتسمى القاعدة الخاصة فى حالتنا هذه بالقاعدة الخاصة بمعناها الواسع .

٢ — ونوع يستأثر فيه حكم القاعدة بالحالة التى تعرض لها استئثاراً يحول دون تعديته بالقياس إلى ما عداه . ويتحقق هذا النوع من القواعد الخاصة متى كان حكمه مختصاً به . ويكون حكم القاعدة مستأثراً بها لأحد سببين : إما لأن علة الحكم لا يمكن تصور وجودها فى غير الأصل ، وهو ما يعبر عنه الأصوليون بالحكم ذى العلة القاصرة ، وإما لأن دليلا دل على تخصيص حكم الأصل به[2] . ويقرب الفقيه جلال العدوى[3] هذا النوع من

(١) أنتوليزى ، القسم العام ص ٦٨ .
(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ط رابعة ص ٦٧ .
(٣) المرجع السابق ص ٢٦٩ .

القواعد الخاصة مما ذكره الفقيه جيني من أن التوسع بطريق القياس يفقد أساسه بصدد نصوص ، لا يقول بأنها من القانون « غير العادى » Jus Singulare Anormale ، وإنما مستوحاة من اعتبارات « غاية في الخصوصية » لدرجة أن النص الذى يصدر عنها يستنفد نطاقه فيها ، وهى ما يطلق عليها الفقيه جيني Loi d'espace . ويسمى هذا النوع الثانى من القواعد الخاصة بالقواعد الخاصة بمعناها الضيق .

هل يجوز القياس على القواعد المستثناة والخاصة

٧١٤ – نستطرد بعد هذا إلى تحديد ما إذا كان من الجائز الالتجاء إلى القياس على القواعد المستثناة أو لا وما إذا كان من الجائز القياس على القواعد الخاصة أو لا .

١ – فبالنسبة القواعد المستثناة يتنازعها رأيان : أولهما ينادى به جانب من الفقه الإسلامى والوضعى ومؤداه أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يناقض به ، لأنه يكون معدولا به عن طريق القياس المسلوك وقاعدته المطردة[1] . بينما يرى آخرون أن كون القاعدة مستثناة لا يحول فى ذاته دون إمكان القياس عليها ، فن الممكن القياس على القاعدة المستثناة إذا كانت صادرة عن مبدأ قانونى عام ، أو بعبارة أخرى عن أحد الموجهات العامة للنظام القانونى ، وذلك لأن الأحكام معقولة المعنى يمكن أن تُعدى من الأصل إلى غيرها بطريق القياس سواء كانت أحكاماً مبتدأة أو كانت أحكاماً مستثناة من أحكام كلية[2] .

٢ – أما بالنسبة للقواعد الخاصة فالمسألة تحتاج إلى تفرقة بين نوعيها : فالقواعد الخاصة بمعناها الواسع ليس ثمة ما يمنع من القياس عليها ، فهذه قواعد أحكامها ذات علل متعدية . أما القواعد الخاصة بمعناها الضيق فالإجماع على أنه لا يرد عليها القياس إذ أنها قواعد أحكامها ذات علل قاصرة وغير متعدية .

---

(١) مصطفى شفاجى ، صفوة الكلام فى أصول الأحكام ط ٣ ص ١٦٨ . ومن هذا الرأى كذلك سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ص ٢٠٠ .

(٢) جلال العدوى ، المرجع السابق ص ٢٧١ – عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ٦٦ و ٦٧ – زكى الدين شعبان ، أصول الفقه الإسلامى ص ٨٧ و ٨٨ .

معيار العلة

٧١٥ – خلصنا إلى أن العلة مناط الحكم ، فإذا كانت العلة قاصرة على الحكم امتنع القياس ، بينما يجوز القياس إذا كانت العلة متعدية ، فما هو معيار تعدى العلة وقصورها إذن ؟ ثم فرق بين المحل المادى والمحل القانونى للجريمة ، فعلى الأول ينصب نشاط الجانى ، بينما يمثل الثانى المال أو المصلحة اللذين يهدف المشرع إلى حمايتهما جنائياً بالنص المجرم . ولا يصلح المحل المادى لأن يكون معياراً لقصور علة الحكم أو تعديها ، لأنه قد يحدث أن يتحد المحل المادى لأكثر من فئة من الجرائم لا ترتبط فيما بينها بوحدة العلة . من أمثلة ذلك القاعدة الجنائية التى تتضمن جريمة الإتلاف المنصوص عليها فى كلتا المادتين ٣٦١ ، ٣٨٩ أولا ، إذ تختلف علة حكمها عن علة حكم القاعدة الجنائية التى تتضمنها كل من المادتين ٣٦١ مكرر ، ٧٧ د فقرة (٢) ، على الرغم من أن المحل المادى الفئتين من الجرائم واحد وهو « مال مادى مملوك للغير » . أما المحل القانونى للجريمة فيصلح لأن يكون معياراً لقصور العلة أو تعديها ، بمعنى أنه إذا اتحد فى الحكمين كانت علتهما واحدة وجاز الالتجاء إلى القياس ، وإذا اختلف فيهما انتفت إمكانية الالتجاء إلى القياس[1] . ولإيضاح ذلك نلقى نظرة على تعريف الأصوليين للعلة ، فهى لديهم الوصف الظاهر المنضبط الذى يترتب على التشريع عند وجوده مصلحة تعود على العباد بجلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم ، فهى إذن واحدة لا تختلف من حالة إلى أخرى ، لهذا اتخذها الأصوليون مناطاً للحكم وخلصوا إلى أن الحكم يدور مع علته – لا مع حكمته – وجوداً وعدماً .

وفكرة « المصلحة التى تعود على العباد بجلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم » التى اتخذها الأصوليون أساساً لوصف الظاهر الذى تبنى عليه العلة هى بذاتها فكرة « المبدأ العام » أو « الموجهات العامة للنظام القانونى » التى يشير إليها فقهاء القانون الوضعى كأساس لإمكانية الالتجاء إلى القياس لتعدى العلة . وما المحل القانونى فى نهاية الأمر سوى تطبيق لمبدأ عام أو لأحد الموجهات العامة للنظام القانونى أو مصلحة تعود على العباد بجلب نفع لهم أو دفع ضرر

---

(١) من هذا الرأى فى الفقه المصرى ، رمسيس بهنام ، المرجع السابق .

عنهم ، فهى إذن معيار تعدى العلة على معنى أنه إذا تبين لنا أن المحل القانونى لجريمة ما هو بذاته لجريمة أخرى كان القياس ممكناً ، سواء تعلق الأمر بحكم استثنائى أو بحكم خاص بالمعنى الواسع ، وإلا فإننا نكون بصدد حكم يتصل بقاعدة أخص ، أو بعبارة أخرى بقاعدة خاصة بالمعنى الضيق ، ومن ثم يمتنع القياس[1] .

وضع القواعد الجنائية المجرمة من القياس

٧١٦ – بعد هذه النظرة التى كان لا بد من إلقائها على القياس لنقف على ماهيته ، ننتقل إلى تحديد وضع القواعد الجنائية منه ، مبتدئين بالقواعد المجرمة التى تجرم الفعل وتحدد عقوبة مرتكبه . هذه القواعد ليست استثناء من أصل هو « الأصل فى الأشياء الإباحة والاستثناء هو التجريم » ، وإنما هى بذاتها أصل يرد إلى مبدأ من المبادئ العامة أو موجه من الموجهات العامة للنظام القانونى . فهناك مبدأ عام أو موجه عام[2] مؤداه ألا تعتدى على حق غيرك فى الحياة أو فى سلامة جسمه ، ومنه نستخلص علة تجريم جرائم الإيذاء والقتل . وهناك مبدأ عام أو موجه عام مؤداه ألا تعتدى على الذمة المالية لغيرك دون حق مشروع فتنقص من عناصرها الإيجابية ، ومنه نستخلص علة تجريم جرائم الإتلاف والحريق ، أو تزيد ، على حسابها ، من العناصر الإيجابية لذمتك المالية ، ومنه نستخلص علة تجريم جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة . قواعد التجريم إذن قواعد مبتدأة أو أصلية وليست بقواعد مستثناة ، لهذا فهى تصلح لأن تكون محلا لقياس غيرها عليها إذا اشتركا معاً فى وحدة العلة . ولولا أن المشرع اعتنق مبدأ الشرعية فحصر به التجريم فى دائرة ما ينص عليه تشريعنا دون غيره ، لجاز القياس على القواعد المجرمة[3] .

---

(١) الصيفى ، القاعدة الجنائية ١٩٦٧ .

(٢) هذا المبدأ العام هو ما عبر عنه الأصوليون على ما ذكرنا بأنه مصلحة تعود على العباد بجلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم .

(٣) إنه مع التسليم بأن مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ضمانة لا غنى عنها لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم فى المجال الجنائى ضد كل طغيان محتمل من جانب سلطة القضاء بل ومن جانب سلطة التشريع ذاتها فى العصر الحالى حيث كثر تدخل المشرع لحماية الأنظمة العديدة التى يجىء بها التطور الاجتماعى بلا انقطاع حماية جنائية عن طريق التهديد بالعقاب ، =

وتعويلا على ذلك يمكن القول بأنه إذا كان لمن يفسر النص الجنائى أن يبحث عن قصد الشارع مستعيناً بكل أسلوب يمكنه من ذلك ، فإن عليه أن يحترم

= وهو ما نسميه التجريم التنظيمى والوقائى أو التجريم القانونى التهديدى الصرف فى تعبير آخر – نقول إنه مع التسليم بذلك فقد عيب على مبدأ القانونية محاصرته للقاضى الجنائى بقاعدتى عدم القياس والتفسير الضيق مما يؤدى حتماً إلى جمود التشريع الجنائى وتخلفه عن ملاحقة أسباب المدنية الحديثة والتطور الاجتماعى بصفة عامة ، ذلك بأن المشرع عندما يصوغ النصوص المتضمنة التجريم لا يمكن أن يحيط سلفاً بكل ما تتمخض عنه ظروف الحياة الاجتماعية المتطورة دواماً من أمور تستأهل العقاب ولا بكل ما تتفتق عنه أذهان المجرمين من أساليب يتحايلون بها لارتكاب الجرائم على نحو يجعل انطباق النصوص الجنائية عليها – بدون اللجوء إلى طريق القياس أو التوسع فى تفسيرها – أمراً متعذراً . ويذهب الدكتور على راشد فى مؤلفه « القانون الجنائى : المدخل وأصول النظريات العامة ١٩٧٠ ص ٢٠٩ » إلى وجاهة هذا المأخذ الذى حمل عدداً من التشريعات الجنائية قبل نيف وثلاثين عاماً على تخويل القاضى الجنائى سلطة التوسع فى تأويل نصوص التجريم إلى حد إجازة اللجوء إلى طريق القياس وكان من بين هذه التشريعات القانون السوفيتى الأول والدانمركى الصادر عام ١٩٣٣ والألمانى النازى الصادر عام ١٩٣٥ . بيد أننا لا نقر إجازة القياس لما يترتب عليه من هدم مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ، ذلك المبدأ الذى لا يجوز النيل منه على أى وجه فى المجال الجنائى بالذات إذ يأتى فى القمة من الخطورة بالنسبة إلى سائر فروع القانون الأخرى لمساسه بالأرواح وبالحريات والأموال . والتحدى بما يجد من أمور تستأهل العقاب مردود بأن المشرع يستطيع دائماً مواجهة هذه الحالات بالتأثيم والعقاب ، كما أنه يستطيع تدارك القصور الذى قد يكشف عنه العمل فى نص من النصوص عن طريق المبادرة إلى تعديل هذا النص كما فعل بالنسبة لنص المادة ١١٨ عقوبات الذى كان يعاقب « كل موظف أدخل فى ذمته بأى كيفية سواء كانت نقوداً الحكومة أو سهل لغيره ارتكاب جريمة من هذا القبيل » وكان يستفاد منه – بسبب غموضه – أن الجريمة تتحقق ولو كان المتهم أخذ المال على سبيل الانتفاع فقط بنية رده وأنه إزاء ذلك الشك يكون من « الأحوط » لمصلحة المتهمين عدم انطباق النص المذكور على هذه الحالة ، إذ تدارك المشرع هذا الأمر عند تعديله لنصوص باب اختلاس الأموال الأميرية بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٣ فصارت عبارة النص فى المادة ١١٣ « يعاقب . . كل موظف عمومى استولى بغير حق على مال للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو سهل ذلك لغيره » وبذلك زال الغموض وأصبح النص يشمل الحالة التى كانت مثاراً للشك فيما مضى . ثم عاد المشرع فأدرك ما فى التسوية بين الصورتين من مغالاة تأباها بالذات ضرورة المغايرة فى المعاملة الجنائية بين إحدى الجنايات ذات الجسامة وإحدى الصور البسيطة للتجريم التهديدى فأورد بالقانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ نصاً خاصاً لهذه الحالة الأخيرة وعاقبها بعقوبة الجنحة وذلك فى قوله فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣ المعدلة « فإذا وقع الفعل غير مصحوب بنية التملك تكون العقوبة الحبس والغرامة التى لا تزيد على خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين » . وعندما طرح الأمر على بساط البحث فى المؤتمر الدولى للقانون الجنائى المنعقد فى باريس عام ١٩٣٧ كان مما قرره هذا =

مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » ويعنى ذلك أن عليه أن يقف فى بحثه عند الحد الذى يتبين له فيه أن تفسيره قد يجعله يقول بجرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون(١) . ويؤدى التسليم بهذا القيد إلى حظر القياس **Analogie**

— المؤتمر أن « مبدأ قانونية الجريمة والعقاب هو ضمانة لا معدى عنها لحماية الحرية الفردية ويلزم عنه حتما استبعاد طريق القياس فى تطبيق نصوص التجريم » وإن كان المؤتمر أوصى بأن تصاغ نصوص التجريم فى عبارات مرنة تسمح للقاضى بتطبيقها مراعياً تطور ظروف الحياة الاجتماعية ومقتضيات المصلحة العامة والدفاع الإجتماعى . وقد عدل كلا التشريعين : الألمانى غداة هزيمة النازية فى عام ١٩٤٥ ، والسوفيتى بعد ذلك بسنوات عن إجازة القياس فى تطبيق نصوص التجريم . ويقول الدكتور على راشد إن الفقه تلقف مقررات المؤتمر الدولى فى شأن عدم القياس لإبراز نظرية « التفسير الكاشف » التى نودى بها منذ القرن الماضى بديلا من قاعدة « التفسير الضيق » . والمقصود بالتفسير الكاشف هو تطبيق النص الجنائى القائم على كل ما تتسع له حكمة الشارع منه ولو لم تشر إليه حرفية النص من قريب أو بعيد . وقد ساير قضاؤنا هذا الاتجاه فى بعض أحكامه القديمة والحديثة ، من ذلك توسعه فى فهم « الطرق الاحتيالية » فى جريمة النصب وفقاً للمادة ٣٣٦ ع فعد من هذه الطرق « ادعاء المتهم أن فى استطاعته شفاء الناس من الأمراض واستعانته فى تأييد زعمه بنشر إعلانات عن نفسه ووضع لوحة على بابه وارتداء ملابس بيضاء » ذلك لأن هذه المظاهر هى مما يؤثر فى عقلية الجمهور ومن ثم فلا يمكن اعتبارها مجرد كذب عادى — نقض جنائى ٢٨ مايو ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٢٥٦ . وتوسعه فى مفهوم « المنزل المسكون أو المعد للسكنى » فى جريمة الحريق العمد حيث جارى محكمة النقض الفرنسية فى تسوية الملحقات — كالجراج وبيوت الدجاج — بالمنزل المسكون حتى ولو كانت غير مسكونة ولكن بشرط أن تكون متصلة به وذلك قياساً على النصوص الواردة فى باب السرقة والتى تنص صراحة على الملحقات من قبيل ما ذكر — نقض ٢٧ نوفبر ١٩٣٣ و٢١ يناير ١٩٣٥ المرجع السابق رقمى ١٧٠ و٣١٨ . وانظر الموسوعة الجنائية للمستشار جندى عبد الملك ج ٣ فقرة ٣٥ والمراجع الفرنسية المشار إليها فيها . كذلك توسع قضاؤنا فى فهم « التعذيبات البدنية » التى نصت عليها ٢٨٢ ع باعتبارها ظرفاً مشدداً فى جريمة القبض بدون وجه حق توسعاً من شأنه نقل الجريمة من مرتبة الجنحة التى عقوبتها الحبس أو الغرامة إلى مرتبة الجناية التى عقوبتها الأشغال الشاقة ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على اعتبار مجرد الضرب أو الجرح البسيط داخلا فى معنى تلك « التعذيبات البدنية » — نقض ٢٣ يونيه ١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٨٨ .

(١) نسترعى النظر إلى أن من بين قواعد التجريم توجد قواعد تفسيرية **normes interprétatives** تحدد معنى أو نطاق بعض قواعد التجريم والعقاب مثل المادة ٢٣١ ع التى تعرف سبق الإصرار والمادة ٢٣٢ ع التى تعرف الترصد . وثمة قواعد موجهة **normes directives** تضع مبادىء عامة تحكم قواعد التجريم والعقاب كلها أو بعضها وهى التى يتضمنها القسم العام من قانون العقوبات مثل القاعدة التى تنص على مبدأ الشرعية وقاعدة عدم رجعية =

على من يفسر نص التجريم فليس له أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه محتجاً بتشابه الفعلين أو بكون العقاب على الثانى يحقق

= قانون العقوبات والقاعدة التى تنص على مبدأ المسئولية الجنائية الشخصية ، وتسمى هاتان الطائفتان بالقواعد التابعة . هذا وتهدف سياسة التجريم إلى إنشاء الجرائم التى تمس المصلحة الاجتماعية وتحدد قواعد قانون العقوبات أنواع المصالح المحمية من خلال كل نص من نصوص التجريم . وعدم المشروعية **L'antijuridicité** هو ما يعبر به عن المساس بالمصلحة الاجتماعية المحمية . وقد ثار البحث عما إذا كان عدم المشروعية ، أى المساس بالمصلحة المحمية ، يتحقق بمجرد الإعتداء على المصلحة التى يعبر عنها النص الذى خالفه الجانى أو لا بد أن تنطوى هذه المخالفة أيضاً على الاعتداء على النظام القانونى كله وتهديد الحياة الاجتماعية بأسرها . فنحا جانب من الفقه الألمانى هذا الاتجاه الأخير ويسمى بنظرية عدم المشروعية المادية . ويذهب أصحاب هذا الرأى ومنهم فون ليست **Von Liszt** إلى أن الهدف من القانون هو خلق توازن عادل بين مصالح المجتمع ومصالح الأفراد عن طريق حماية المصالح التى تتفق مع غايات المجتمع نفسه فإذا تعارضت مصلحة محمية مع مصلحة محمية أخرى وجب على النظام الاجتماعى التضحية بالمصلحة الأقل أهمية ويترتب على هذا أن الاعتداء على هذه المصلحة الأخيرة لا يكون غير مشروع من الناحية المادية . وتتفق نظرية عدم المشروعية المادية مع النظرية الماركسية فى القانون فى القرن التاسع عشر التى كانت ترى أن العبرة بمعيار مصلحة النظام الاجتماعى والسياسى فى تحديد معنى عدم المشروعية المادية لتحقيق مصالح الطبقة العاملة مما يجب معه التمييز بين مطلق التقدير القانونى للمصلحة المحمية والتقدير الاجتماعى لهذه المصلحة على ضوء المصالح الأخرى التى يحميها النظام كله . وبهذه الفكرة تأثر قانون العقوبات الاشتراكى فى بعض دول أوروبا الشرقية فالجريمة فى نظر هذا القانون لا تقوم بمجرد المخالفة الشكلية البحتة للقانون أى لا تتوافر بمجرد السلوك المخالف لأحد نصوص التجريم وإنما يجب فوق ذلك أن يكون هذا السلوك منطوياً على خطر اجتماعى أى يمثل فى ذاته خطراً على المجتمع كله فإذا لم يتوافر هذا الخطر الاجتماعى فإن الجريمة لا تقوم . ولهذا ينتقد الفقه الجنائى السوفيتى عدم المشروعية الشكلية التى يأخذ بها الفقه الغربى ويعطى الجريمة معنى مادياً فيشترط لوقوعها لا مجرد مخالفة قانون العقوبات فحسب وإنما أيضاً الاعتداء على النظام الاجتماعى والسياسى والاشتراكى والسوفيتى حتى تكون الجريمة معبرة عن المصالح السياسية والطبقة العاملة صاحبة السلطة فى النظام السوفيتى . فالتجريم فى القوانين الاشتراكية يرتبط بنوع العلاقات الاجتماعية التى يقوم عليها المجتمع الاشتراكى ولذلك فإنه إذا ثبت أن الجريمة لا تنطوى على خطر اجتماعى بسبب قلة أهمية المصلحة المعتدى عليها فإن الجريمة لا تقع قانوناً وفقاً لقانون العقوبات وإن كان يجوز المعاقبة عليها وفقاً لوصف آخر أمام محاكم الرفاق ومحاكم الرعاية الاجتماعية فى الأحوال التى لا يتوافر فيها الخطر الاجتماعى وتقضى هذه المحاكم بتدابير من نوع خاص تختلف عن الجزاءات التى تقضى بها المحاكم الجنائية العادية . ومقتضى ذلك أن الجريمة فى حكم هذه القوانين لا تقوم بمجرد مخالفة قانون العقوبات وإنما يجب أن يثبت أيضاً أن المصلحة المحمية المعتدى عليها تتفق مع مصالح المجتمع كله أى أن الاعتداء عليها ينطوى على خطر اجتماعى . ولهذا نجد القانون اليوغوسلافى يشترط لعدم قيام الجريمة وفقاً =

مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » ويعنى ذلك أن عليه أن يقف فى بحثه عند الحد الذى يتبين له فيه أن تفسيره قد يجعله يقول بجرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون(١) . ويؤدى التسليم بهذا القيد إلى حظر القياس **Analogie**

= المؤتمر أن « مبدأ قانونية الجريمة والعقاب هو ضمانة لا معدى عنها لحماية الحرية الفردية ويلزم عنه حتما استبعاد طريق القياس فى تطبيق نصوص التجريم » وإن كان المؤتمر أوصى بأن تصاغ نصوص التجريم فى عبارات مرنة تسمح للقاضى بتطبيقها مراعيا تطور ظروف الحياة الاجتماعية ومقتضيات المصلحة العامة والدفاع الاجتماعى . وقد عدل كلا التشريعين : الألمانى غداة هزيمة النازية فى عام ١٩٤٥ ، والسوفيتى بعد ذلك بسنوات عن إجازة القياس فى تطبيق نصوص التجريم . ويقول الدكتور على راشد إن الفقه تلقف بقررات المؤتمر الدولى فى شأن عدم القياس لإبراز نظرية « التفسير الكاشف » التى تؤدى بها منذ القرن الماضى بديلا من قاعدة « التفسير الضيق » . والمقصود بالتفسير الكاشف هو تطبيق النص الجنائى القائم على كل ما تتسع له حكمة الشارع منه ولو لم تشر إليه حرفية النص من قريب أو بعيد . وقد ساير قضاؤنا هذا الاتجاه فى بعض أحكامه القديمة والحديثة ، من ذلك توسعه فى فهم « الطرق الاحتيالية » فى جريمة النصب وفقاً للمادة ٣٣٦ ع فعد من هذه الطرق « ادعاء المتهم أن فى استطاعته شفاء الناس من الأمراض واستعانته فى تأييد زعمه بنشر إعلانات عن نفسه ووضع لوحة على بابه وارتداء ملابس بيضاء » ذلك لأن هذه المظاهر هى مما يؤثر فى عقلية الجمهور ومن ثم فلا يمكن اعتبارها مجرد كذب عادى – نقض جنائى ٢٨ مايو ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٢٥٦ . وتوسعه فى مفهوم « المنزل المسكون أو المعد للسكنى » فى جريمة الحريق العمد حيث جارى محكمة النقض الفرنسية فى تسوية الملحقات – كالجداول وبيوت الدجاج – بالمنزل المسكون حتى ولو كانت غير مسكونة ولكن بشرط أن تكون متصلة به وذلك قياساً على النصوص الواردة فى باب السرقة والتى تنص صراحة على الملحقات من قبيل ما ذكر – نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٣٣ و٢١ يناير ١٩٣٥ المرجع السابق رقمى ١٧٠ و٣١٨ . وانظر الموسوعة الجنائية للمستشار جندى عبد الملك جـ ٣ فقرة ٣٥ والمراجع الفرنسية المشار إليها فيها . كذلك توسع قضاؤنا فى فهم « التعذيبات البدنية » التى نصت عليها ٢٨٢ ع باعتبارها ظرفاً مشدداً فى جريمة القبض بدون وجه حق توسعاً من شأنه نقل الجريمة من مرتبة الجنحة التى عقوبتها الحبس أو الغرامة إلى مرتبة الجناية التى عقوبتها الأشغال الشاقة ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على اعتبار مجرد الضرب أو الجرح البسيط داخلا فى معنى تلك « التعذيبات البدنية » – نقض ٢٣ يونيه ١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٨٥ .

(١) نسترعى النظر إلى أن من بين قواعد التجريم توجد قواعد تفسيرية **normes interprétatives** تحدد معنى أو تطاق بعض قواعد التجريم والعقاب مثل المادة ٢٣١ ع التى تعرف سبق الإصرار والمادة ٢٣٢ ع التى تعرف الترصد . وثمة قواعد موجهة **normes directives** تضع مبادىء عامة تحكم قواعد التجريم والعقاب كلها أو بعضها وهى التى يتضمنها القسم العام من قانون العقوبات مثل القاعدة التى تنص على مبدأ الشرعية وقاعدة عدم رجعية =

على من يفسر نص التجريم فليس له أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه محتجاً بتشابه الفعلين أو بكون العقاب على الثانى يحقق

= قانون العقوبات والقاعدة التى تنص على مبدأ المسئولية الجنائية الشخصية ، وتسمى هاتان الطائفتان بالقواعد التابعة . هذا وتهدف سياسة التجريم إلى إنشاء الجرائم التى تمس المصلحة الاجتماعية وتحدد قواعد قانون العقوبات أنواع المصالح المحمية من خلال كل نص من نصوص التجريم . وعدم المشروعية **L'antijuridicité** هو ما يعبر به عن المساس بالمصلحة الاجتماعية المحمية . وقد ثار البحث عما إذا كان عدم المشروعية ، أى المساس بالمصلحة المحمية ، يتحقق بمجرد الاعتداء على المصلحة التى يعبر عنها النص الذى خالفه الجانى أو لا بد أن تنطوى هذه المخالفة أيضاً على الاعتداء على النظام القانونى كله وتهديد الحياة الاجتماعية بأسرها . نحا جانب من الفقه الألمانى هذا الاتجاه الأخير ويسمى بنظرية عدم المشروعية المادية . ويذهب أصحاب هذا الرأى ومنهم فون ليست **Von Liszt** إلى أن الهدف من القانون هو خلق توازن عادل بين مصالح المجتمع ومصالح الأفراد عن طريق حماية المصالح التى تتفق مع غايات المجتمع نفسه فإذا تعارضت مصلحة محمية مع مصلحة محمية أخرى وجب على النظام الاجتماعى التضحية بالمصلحة الأقل أهمية ويترتب على هذا أن الاعتداء على هذه المصلحة الأخيرة لا يكون غير مشروع من الناحية المادية . وتتفق نظرية عدم المشروعية المادية مع النظرية الماركسية فى القانون فى القرن التاسع عشر التى كانت ترى أن العبرة بمعيار مصلحة النظام الاجتماعى والسياسى فى تحديد معنى عدم المشروعية المادية لتحقيق مصالح الطبقة العاملة مما يجب معه التمييز بين مطلق التقدير القانونى للمصلحة المحمية والتقدير الاجتماعى لهذه المصلحة على ضوء المصالح الأخرى التى يحميها النظام كله . وبهذه الفكرة تأثر قانون العقوبات الاشتراكى فى بعض دول أوربا الشرقية فالجريمة فى نظر هذا القانون لا تقوم بمجرد المخالفة الشكلية البحتة للقانون أى لا تتوافر بمجرد السلوك المخالف لأحد نصوص التجريم وإنما يجب فوق ذلك أن يكون هذا السلوك منطوياً على خطر اجتماعى أى يمثل فى ذاته خطراً على المجتمع كله فإذا لم يتوافر هذا الخطر الاجتماعى فإن الجريمة لاتقوم . ولهذا يتعقد الفقه الجنائى السوفيتى عدم المشروعية الشكلية التى يأخذ بها الفقه الغربى ويعطى الجريمة معنى مادياً فيشترط لوقوعها لا مجرد مخالفة قانون العقوبات فحسب وإنما أيضاً الاعتداء على النظام الاجتماعى والسياسى والاشتراكى والسوفيتى حتى تكون الجريمة معبرة عن المصالح السياسية والطبقة العاملة صاحبة السلطة فى النظام السوفيتى . فالتجريم فى القوانين الاشتراكية يرتبط بنوع العلاقات الاجتماعية التى يقوم عليها المجتمع الاشتراكى ولذلك فإنه إذا ثبت أن الجريمة لا تنطوى على خطر اجتماعى بسبب قلة أهمية المصلحة المعتدى عليها فإن الجريمة لا تقع قانوناً وفقاً لقانون العقوبات وإن كان يجوز المعاقبة عليها وفقاً لوصف آخر أمام محاكم الرفاق ومحاكم الرعاية الاجتماعية فى الأحوال التى لا يتوافر فيها الخطر الاجتماعى وتقضى هذه المحاكم بتدابير من نوع خاص تختلف عن الجزاءات التى تقضى بها المحاكم الجنائية العادية . ومقتضى ذلك أن الجريمة فى حكم هذه القوانين لا تقوم بمجرد مخالفة قانون العقوبات وإنما يجب أن يثبت أيضاً أن المصلحة المحمية المعتدى عليها تتفق مع مصالح المجتمع كله أى أن الاعتداء عليها ينطوى على خطر اجتماعى . ولهذا نجد القانون اليوغوسلافى يشترط لعدم قيام الجريمة وفقاً =

نفس المصلحة التي يحققها العقاب على الأول . فلا يستطيع القاضي أن يقيس فعل الاستيلاء على المنفعة على فعل « الاختلاس » ويعتبر من يحصل دون حق على منفعة شيء مملوك لغيره سارقاً ، كما لا يستطيع أن يقيس على إحدى وسائل التدليس التي نص عليها القانون في المادة ٣٣٦ عقوبات مصرى وسيلة لم يرد النص عليها في هذه المادة ويعتبر من يستولى على مال الغير عن طريق هذه الوسيلة مرتكباً جريمة نصب .

٧١٧ – ويذهب رأى إلى أن حظر القياس لا يعنى حظر التفسير الواسع الذى يراه مباحاً وإن كان التمييز بينهما عسيراً ، فقد تختلف الآراء عند تفسير بعض النصوص فيما إذا كان القول بحكم معين هو ثمرة القياس أو ثمرة التفسير الواسع . وهو يرى أن معيار التمييز بينهما هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم أو خروجه عنه قولا إن لنص التجريم نطاقاً يحدده المفسر وفقاً لما يراه مطابقاً لقصد الشارع ، فإن دخل الفعل في هذا النطاق فإن القول بتجريمه لن يكون على أساس من القياس ولو حدد هذا النطاق على نحو متسع ، أما إذا سلم المفسر بخروجه عن هذا النطاق وقال مع ذلك بتجريمه طبقاً للنص نفسه ، فذلك قياس محظور . وبعبارة أخرى فإن التفسير الواسع يعتمد على القصد الحقيقي للشارع في مسألة ورد بها نص بخلاف القياس فإنه يعتمد على القصد

= لقانون العقوبات الجمع بين عدم أهمية للسلوك وعدم أهمية الآثار الضارة للجريمة (م٤/٢) ونصت المادة ٣ من قانون العقوبات لألمانيا الشرقية على انتفاء الواقعة الإجرامية ولو كان سلوك الفاعل مطابقاً للأنموذج التشريعي متى كانت آثار الفعل على حقوق ومصالح المواطنين والمجتمع تافهة غير هامة . وانظر المادة ٧/٢ من قانون العقوبات السوفيتي والمادة ٣/٤ من القانون التشيكوسلوفاكي . ونصت (م ١) من قانون العقوبات اليوناني الجديد الصادر عام ١٩٦٩ على أن الجريمة هي فعل خطر من الناحية الاجتماعية مما مؤداه أن الجريمة لاتقوم بدون هذا الخطر الاجتماعي . ويرى الدكتور فتحي سرور أن عدم المشروعية يتوافر بمجرد الاعتداء على المصلحة المحمية ولو كان هذا الاعتداء قليل الجسامة إذ أن تقدير النتائج المترتبة عليه لا يمس مطلقاً فكرة عدم المشروعية وإنما يقتصر تأثيره على ملاءمة رفع الدعوى الجنائية وعلى سلطة القاضي التقديرية عند اختيار الجزاء الجنائي الملائم وهذا ما نصت عليه م ٦٠ من القانون المجرى من أنه إذا قلت أهمية الخطر الاجتماعي يجوز الحكم بإنذار الجاني – راجع فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية ١٩٧٢ ص ١٥٨ – ١٦١ .

المفترض للشارع في مسألة لم يرد بها نص[١] . ويستوى في القياس المحظور على القاضي أن يستند إلى علة نص آخر أو إلى روح المشرع في النظام العقابي والمبادئ التي تحكمه طالما أنه في الحالتين سوف ينتهي إلى تجريم فعل معين أو إلى تقرير عقاب معين لم يرد به نص[٢] . ويذهب رأى آخر إلى أن القياس الذى يهدم مبدأ القانونية من حيث تخويله القاضي سلطة التجريم ، إنما هو « القياس المنشئ » أى الذى يتجاوز حدود الجرائم الواردة في النصوص على سبيل الحصر فيقيس عليها صوراً جديدة برمتها . وليس غير القضاء المرتكز على القانون العرفي ، كقضاء التعزير الشرعي عند ما كان « الحاكم » يتولى القضاء ، أو قضاء القانون غير المكتوب الأنجلو أمريكي ، يملك اللجوء إلى هذا النوع من القياس . ويسوق صاحب هذا الرأى على سبيل المثال الجريمة التي أدخلها تشريعنا حديثاً في باب السرقة تحت المادة ٣٢٤ مكرراً ع[٣]، بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥٦ ، فهذه الجريمة كان يصدق عليها معنى التفسير الكاشف البالغ درجة القياس المطلق لو أن القضاء عاقب عليها قبل تجريمها بالنص الصريح . أما القياس الجزئي ، أى المقتصر على العناصر والظروف المكونة للجريمة كما صورها المشرع نفسه في نص قائم ، وهو مظهر من مظاهر التوسع في تفسير نصوص التجريم عملا بنظرية التفسير الكاشف ، فإنه لا يتعارض مع مبدأ القانونية . . مثال ذلك ما ذهب إليه القضاء في فرنسا وفي مصر من تطبيق النص الخاص بجريمة السرقة على

(١) المصيفى ، القاعدة الجنائية ١٩٦٧ – فتحي سرور ، أصول قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ١٩٧٢ ص ٧٠ و ٧١ بند ٣٤ .

(٢) نقض ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ ص ٤٧١ و ٢٠ مارس ١٩٥٦ س ٧ ص ٤٢٢ .

ولا تزال بعض التشريعات لما ذكرنا تأخذ للآن بمبدأ القياس على قواعد التجريم والعقاب وهي قانون العقوبات الصين الشعبية وقانون العقوبات الدانماركي .

(٣) تنص هذه المادة على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من تناول طعاماً أو شراباً في محل معد لذلك ولو كان مقيماً فيه أو شغل غرفة أو أكثر في فندق أو نحوه أو استأجر سيارة معدة للإيجار مع علمه أنه يستحيل عليه دفع الثمن أو الأجرة أو امتنع بغير مبرر عن دفع ما استحق من ذلك أو فر دون الوفاء به » .

حالة اختلاس التيار الكهربائى معتبراً هذا التيار من قبيل « المنقول » الذى يشترطه النص كمحل لتلك الجريمة مع أن هذا الفرض بالذات لم يخطر قطعاً على بال المشرع الفرنسى عند صدور المدونة النابليونية التى نقل عنها المشرع المصرى مدونته العقابية ، حيث لم تكن الكهرباء قد اكتشفت بعد بداهة الأمور ، فى هذا المثال هناك نص محدد يعرف جريمة السرقة ويجعل « المنقول » هو العنصر الذى يشتمل على الجريمة ولكن القضاء طبق ذلك النص على « الكهرباء » قياساً لها على المنقول(١) .

رأينا

٧٢٨ — ونحن نرى أنه إذا كان من المسلم فى تفسير القوانين المختلفة جواز الالتجاء إلى القياس ، فإنه يحظر الالتجاء إلى هذا الطريق حظراً باتاً فى خصوص قانون العقوبات والقوانين الجزائية عموماً ، ذلك أنه سواء كان القياس كلياً أو جزئياً فإنه يُتوسل به لا إلى معرفة قصد الشارع فقط وإنما إلى مد حكمه أيضاً إلى حالات أخرى غير منصوص عليها صراحة لمجرد توافر هذا القصد بشأنها وهو ما يتعارض مع مبدأ الشرعية الذى يخضع له قانون العقوبات والذى يتميز به عن غيره من القوانين ، ذلك المبدأ الذى يحتم وجود النص الصريح فى جميع الأحوال فلا يغنى عنه استخلاص قصد الشارع من نصوص أخرى . والقول بأن تطبيق القضاء النص الخاص بالسرقة على حالة اختلاس التيار الكهربائى إنما كان بطريق قياس التيار الكهربائى على المنقول ليس صحيحاً على إطلاقه لمجرد أن هذا الفرض يستحيل أن يكون قد خطر على بال المشرع الفرنسى الذى نقل عنه المشرع المصرى لأن الكهرباء لم تكن قد اكتشفت عند وضع المدونة النابليونية ، ذلك أنه من المقرر أن ثمة نظرية موضوعية فى التفسير ترى أن النص التشريعى يستقل بمجرد نشره ونفاذه عن شخص واضعه فرداً كان أو لجنة من اللجان بحيث يصبح كائناً حياً له حياته المنفصلة والمستقلة عن واضعه أو واضعيه ويتطور فى معزل عن إرادتهم بالقدر الذى تسمح له به ذاته ووظيفته الاجتماعية التى يهدف إلى تحقيقها داخل النظام القانونى وهى الصالح العام ، وهى بخلاف النظرية

(١) على راشد ، المرجع السابق ص ٢٠٩ — ٢١٢ .

الشخصية التى تستهدف إرادة المشرع لا التشريع فتعول على أعماله التحضيرية على تقدير أنها غالباً ما تكشف عن إرادة واضعه . والحق إن الغاية من التفسير إنما هى الوقوف على قصد الشارع على ضوء التطور الاجتماعى الذى يمر به المجتمع ، والوصول إلى هذا القصد لا يتم إلا بوسيلة واحدة لا ضيقة ولا واسعة ، فما دام التفسير لا يستهدف إلا معرفة قصد الشارع فإن وسيلته لا ينبغى أن تختلف من قانون إلى آخر(١) . وهذا ما فعلته محكمة النقض التزاماً منها بهذا المنهج فى التفسير — حين اعتبرت الكهرباء منقولا يصلح أن يكون محلا للسرقة ، وحين اعتبرت التسليم الاضطرارى غير ناقل للحيازة ولا يمنع من وقوع جريمة السرقة(٢) ، وحين اعتبرت جريمة إصدار شيك بدون رصيد متوافرة رغم بطلان الشيك تأسيساً على أن الشارع هدف إلى حماية مظهر الشيك(٣) و (٤) ونحيل فى دعم رأينا هذا إلى ما سبق أن ذكرناه فى معرض

(١) فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٦٩ .

(٢) فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٦٨ ص ٦٠٧ .

(٣) نقض ٦ فبراير ١٩٦٢ س ١٣ ص ١٢٤ .

(٤) وقد اطرد القضاء فى فرنسا وفى مصر على أن القياس فى تفسير نصوص التجريم محظور إذ قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يجوز للقاضى أن يسعى عن طريق القياس إلى إكمال نقص القانون وتوقيع العقاب فى غير الحالات التى نص عليها الشارع Cass. 3août 1934. S. 1937. 2. 198 . كما قررت محكمة النقض المصرية أن من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الأخذ فيه بطريق القياس — نقض ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ ص ٤٧١ ونقض ٢٠ مارس ١٩٥٦ س ٧ ص ٤٢٢ . وانظر فى التفرقة بين القياس والتفسير الواسع Lius Jimenez de Asna, l'analogie en droit pénal, Rev. de science crim, 1949, p. 187 et suiv.

وقد خلصت المحاكم على اختلاف درجاتها عندنا إلى العديد من التطبيقات السليمة لمبدأ الشرعية فى نطاق القواعد المجرمة : ففى مجال التزوير أحجم بعض المحاكم عن التسوية بين البصمة والإمضاء والختم ، ولم تعتبر محكمة النقض ما يرد على الصورة الفوتوغرافية من تغيير الحقيقة تزويراً لأنها لا تعتبر « محرراً » إذ يشترط فى المحرر أن يكون مسطوراً — نقض ١٥ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ٢٥٦ . وفى مجال جرائم المال لم يكن فى مكنة القضاء حتى عام ١٩٤٧ أن يقيس على حالة الأشياء المسروقة حالة الأشياء المتحصلة من النصب أو من خيانة الأمانة مثلا رغم اتحاد العلة فى هذه الفئة من الجرائم إلى أن تدخل المشرع فأضاف المادة ٤٤ مكرراً وتشير إلى إخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة إلى جانب تلك المتحصلة من سرقة — على راشد ، القانون الجنائى ، النظريات العامة ١٩٦٥ ص ٥٠ —

الرد على دعاة القياس منعاً من التكرار[1] .

— وما بعدها – الصيفى ، القسم الخاص ، المرجع السابق ص ١٢٧ . ولنفس السبب تدخل المشرع من قبل فى ١٨ مايو ١٨٩٨ فأصدر الأمر العالى مجرماً التقاط الأموال الضائعة أو المفقودة بعد أن تبين له أنها لا تدخل مجال السرقة ولا النصب ولا خيانة الأمانة .

وأضاف أخيراً المادة ٢٣٤ مكرراً بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٤٦ المار ذكرها . وفى مجال الضرب المفضى إلى عاهة مستديمة لا يجوز أن يقاس على هذه النتيجة أية نتيجة أخرى مثل الإجهاض – رءوف عبيد ، القسم العام ص ٨٥ . وفى مجال الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج تشير المادة ٧٨ ح فى فقرتها الأخيرة إلى أنه « إذا كان الطلب أو القبول أو العرض أو الوعد أو التوسط كتابة فإن الجريمة تتم بمجرد تصدير الكتاب » ويرى البعض أن هذه الفقرة لا تنسحب على الفرض الذى تكون فيه وسيلة الطلب وما إليه شريطاً مسجلا أو الذى يحمل فيه الطلب وما إليه رسول حسن النية إلى الدول الأجنبية التى عنتها هذه المادة فى فقرتها الأولى وهو ما يقتضى تدخل المشرع لمعالجة هذا القصور – الصيفى ، مذكرات فى القسم الخاص ص ٧٧ .

(١) راجع هامش (١) ص ٨٨٩ . ونضيف هنا أن من أهم ما يلقى على عاتق المفسر أن يطوع النصوص التشريعية ، دون تعديلها ، بحيث تصبح قادرة دائماً على مجابهة التطور السريع الذى تمر به الجريمة سواء من حيث أسلوبها أو من حيث جوهرها . وفى حالة سرقة التيار الكهربائى فإن وصف المال المنقول لا يقتصر على ما كان جسماً متميزاً قابلا للوزن طبقاً لنظريات الطبيعة بل هو طبقاً لأحكام القانون المدنى كل شىء ذى قيمة يمكن تملكه وحيازته ونقله وهذه العناصر كما قالت محكمة النقض متوفرة فى الكهرباء إذ لتيارها قيمة مالية ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من حيز لآخر – نقض ٥ ابريل ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ رقم ٦٩ ونقض ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ جـ ٧ رقم ٣٩ . وقد مر بنا كيف أن مفهوم المنقول فى القانون الجنائى يختلف عنه فى القانون المدنى نفسه . ويرى الدكتور الصيفى فى مؤلفه « النظرية العامة لجرائم المال ص ٢٩ وما بعدها » أن اتجاه محكمة النقض على هذا النحو غير سديد لأنها نظرت إلى فكرة الشىء المنقول نظرة قانونية مع أنها فكرة يجب أن ينظر إليها نظرة طبيعية . فلو كانت الكهرباء « طاقة » لا « شيئاً منقولا » لأفلت مختلسها من أن يعتبر سارقاً إذ الطاقة منفعة لا ترد السرقة عليها . ولكن الكهرباء تعتبر حقيقة شيئاً « منقولا » فى أسلاكها تنتقل جسيمات يمكن قياس كل وحدة منها . وهو ينتقد الفقه حين لا يعنى بالصورة التى تتخذها مادة الكهرباء وما إذا كان علماء الطبيعة يعتبرونها مادة أو لا قولا إنها مادة فى نظر القانون وإن لم تكن كذلك فى نظر علماء الطبيعة .

ونحن نرى أن وسيلة نقل الكهرباء لا تغير من كونها شيئا ماديا منقولا ترد عليه السرقة . وقد تكهن الفقيه **Manzini** بالمستقبل فتكلم عن إمكانية أو عدم إمكانية اختلاس « الإرسال الإذاعى » فخلص وخلص معه بعض الفقهاء المصريين إلى أنه رغم تكونه من موجات كهربائية يتحول إليها الصوت فيحملها الأثير فيتم الإرسال اللاسلكى ، فالإرسال الإذاعى لا يصلح لأن يكون محلا للاختلاس لأن الجانى لا يستطيع حيازته إذ حيازته لا تتحقق إلا بحرمان —

جواز القياس فى غير نصوص التجريم

٧١٩ — ذكرنا أن عدم الأخذ بالقياس فى قانون العقوبات مرجعه إلى تعارضه مع مبدأ الشرعية ، فإذا انتفى التعارض انفسح المجال أمام القياس دون حرج طبقاً للقواعد العامة فى تفسير القوانين . ولا شك أن التعارض ينتفى فى النصوص التى تتعلق بأسباب الإباحة أو موانع المسئولية أو موانع العقاب أو موانع رفع الدعوى الجنائية وكذلك الأعذار القانونية والظروف المخففة ، ولذلك فإن الالتجاء إلى القياس فى تفسير هذه النصوص جائز لأنه يخرج المتهم من دائرة العقاب ، فضلا عن أن الأصل فى الأشياء الإباحة ومن ثم فالقياس عليها إنما يرد على أصل عام لا على مجرد استثناء[1] ، ولا خوف من الإضرار بالمجتمع طالما أن المفسر لن يلجأ إلى القياس إلا حين يقطع بأن الأخذ به يتفق ومقصود الشارع . وتطبيقاً لهذا جرى القضاء على اعتبار الدفاع الشرعى سبباً عاماً لإباحة الجرائم كافة رغم قصر نطاقه فى التشريع على جرائم القتل والجرح والضرب دون غيرها[2] . وقضت محكمة النقض بأنه من المقرر أن القياس فى أسباب الإباحة أمر يقره القانون بغير خلاف ولذا يمكن إلحاق حالتى تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب من حيث إباحة

— جميع أصحاب أجهزة الاستقبال من استقباله وهو أمر لا يستطيع جهاز إرسال عادى تحقيقه ، بيد أنه لو تحقق تحققت الحيازة وقامت من ثم جريمة السرقة – مانزينى ، المطول جـ ٩ ص ١٩ وقد أشار إلى الفقيه **Severino** الذى كان أول من تكهن بهذه الفكرة – وانظر الصيفى ، المرجع السابق نفس الموضع حيث يخلص إلى أن السرقة لا تقوم فى حالة ما إذا أفاد الفاعل من آلة ميكانيكية معدة لتقديم خدمات كالميزان الآلى لأن السرقة لا ترد على منفعة . وقد خلصت محكمة فيرنسا فى إيطاليا فى مارس ١٩٠٥ إلى قيام السرقة فى حق راعى غنم أدخل غنمه حظيرة غيره وترك كبش الغير يلقح غنمه . وقد ثار الجدل وقتئذ حول ما إذا كانت قوى الإخصاب الحيوانى « طاقة جنسية » أو أنها « أشياء مادية منقولة » من الممكن حيازتها – الصيفى المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها – وقارن ما ذكرناه من عدم جواز استئجار الفحل – فى مذهب أبى حنيفة – لأجل النزاء على النوق وطرقها لأن طرق الناقة قد لا يلقح فكانت ثمرته غير مقدور عليها فلا يجوز لذلك أخذ الأجر عليه لما فى ذلك من الضرر فكان أخذ المال فى مقابل ماء مهين لا قيمة له – راجع ص ٤٩٠ و ٤٩١ بند ٣٧٩ .

(١) **Delogu, les causes de justification, op. cit., p. 147.**

(٢) انظر المواد ٢٤٠ – ٢٥١ عقوبات – ونقض أول فبراير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ ص ٣٦ حيث كان فعل الدفاع هو قتل حيوان .

حق المعارضة فى الوفاء بقيمته بحالتى ضياع الشيك وسرقته لأنها جميعاً من جرائم سلب المال وورقة الشيك فيها متحصلة من جريمة . ومد القضاء نطاق مانع العقاب الذى كانت تقرره المادة ٣١٢ عقوبات قبل تعديلها بالقانون ٦٤ لسنة ١٩٤٧ — إذا ثبت قيام علاقة زوجية بين الجانى والمجنى عليه أو كان أحدهما أصلا أو فرعاً للآخر إلى جرائم الاستيلاء على المال بالنصب وخيانة الأمانة قياساً على السرقة . ونعرض فيما يلى ، بشىء من التفصيل ، لوضع القواعد الجنائية غير المجرمة من القياس .

وضع القواعد الجنائية المبررة للجريمة من القياس

٧٢٠ — تثير طبيعة هذه القواعد الجدل بين الفقهاء ، فمنهم من يراها قواعد استثنائية ، ومنهم من يعتبرها قواعد ابتدائية أو أصلية . فأما الذين يرون فى القواعد المبررة للجريمة قواعد استثنائية فسندهم فى ذلك أنها استثنائية بالنظر إلى القواعد المجرمة ، لأنه إذا كان الأصل أن كل من يرتكب جريمة يخضع لعقوبتها ، فالاستثناء من هذا الأصل أن من يرتكب الجريمة استعمالا لحق أو ممارسة لسلطة لا يعتبر مجرماً استثناء فلا يخضع بالتالى للعقاب . ويخلص هؤلاء إلى القول بأن القواعد المبررة للجريمة تعتبر استثناء من أصل هو القواعد المجرمة . وهذه وإن كانت أصلا بالنظر إلى القواعد المبررة للجريمة فهى فى نفس الوقت استثناء من أصل أو مبدأ هو الأصل فى الأشياء الإباحة ، ومعنى هذا فى عبارة أخرى أن القواعد المبررة للجريمة استثناء ورد على استثناء فردّنا إلى الأصل وهو الإباحة . وأما الذين يرون فى القواعد المبررة للجريمة قواعد أصلية أو مبتدأة فسندهم فى هذا أنها قواعد تصدر عن مبادئ قانونية عامة ، أو فى عبارة أخرى موجهات عامة للنظام القانونى ، منها مبدأ احترام القانون ومبدأ تنفيذ الواجب ومبدأ مشروعية استعمال الحق . فهى إذن قواعد أصلية ومبتدأة وليست قواعد استثنائية ، لهذا يجوز القياس عليها كلما توفرت العلة فى الحكم الذى نريد سحب حكمها عليه . وهذا الرأى فى تقديرنا يقترن بالصواب مما يدعونا إلى اعتناقه والأخذ به(١) .

(١) انظر ديلوجى ، المرجع السابق ص ٤١٧ — فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات ص ٧٢ — رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ١٩٧ — الصيفى ، القاعدة الجنائية ص ٣٨٦ . وفى مجال القانون الخاص ، جلال العدوى ، المرجع السابق ص ٢٦٨ . وانظر ديلوجى ، المرجع السابق ص ١٤٧ .

٧٢١ — وتطبيقاً لجواز القياس على القواعد المبررة للجريمة خلص القضاء المصرى إلى سحب حكم الدفاع الشرعى كسبب لتبرير الجريمة إلى جرائم أخرى غير القتل والضرب والجرح ، وذلك على الرغم من وروده فى الباب الذى يعالج هذه الجرائم كما سبق أن ذكرنا . وتعويلا على ذلك فقد يتمثل دفاع امرأة عن نفسها ضد الاغتصاب فى جريمة الفعل الفاضح العلنى إذا لم تجد وسيلة لدرء هذا الاعتداء سوى خروجها إلى الطريق العام عارية (١) . ويمكن إلحاق حالتى تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب من حيث إباحة حق المعارضة فى الوفاء بقيمته بحالتى ضياعه وسرقته على تقدير أنها جميعاً من جرائم سلب المال وأن ورقة الشيك فيها متحصلة من جريمة(٢) . هذا بالنسبة لأسباب الإباحة العامة ، بيد أن هناك أسباب إباحة خاصة : إما بجرائم معينة كالضرب بالنسبة للزوج الذى يؤدب زوجته والقذف بالنسبة للمتقاضى فى دعوى مطروحة أمام المحكمة متى استلزم دفاعه عن حقه ذلك وجرائم الرأى بالنسبة لأعضاء المجلس النيابى ، وإما بأشخاص معينين كالموظف العمومى بالنسبة لممارسة السلطة . بالنسبة لهذه الأسباب الخاصة لا يجوز القياس لأن العلة مقصورة عليها فلا تتعداها إلى غيرها . فحق التأديب مقصور على الزوج دون الأخ ، والقذف أمام المحكمة مقصور على الحالات التى تكون فيها دعوى بين يدى المحكمة ، كما أنه مقصور على أطراف الدعوى دون الحاضرين بالجلسة ، والحصانة البرلمانية Immunité parlementaire(٣) مقصورة على أعضاء البرلمان دون غيرهم وعلى الوظيفة البرلمانية دون سواها من ضروب النشاط التى يزاولها الأعضاء وعلى الأقوال دون الأفعال(٣) .

(١) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ١٩٩ .

(٢) نقض أول يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١ — وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور فتحى سرور فى كتابه الوسيط فى قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٧٧١ .

(٣) ويقصد بالأقوال كل ما يقوله عضو البرلمان شفوياً أو كتابة بحكم عمله كنائب فلا تجوز مؤاخذته عما يصدر منه فى خطبه أو أسئلته أو استجواباته أو فى مقاطعاته أو تقاريره أو تصويته أو مداولاته سواء فى المجلس ذاته أو فى لجان المجلس . والفرنسيون والبلجيكيون يبسطون هذه الحصانة على كل ما يقوله النائب أو يبديه خارج المجلس إذا كان ذلك خلال قيامه بعمل مكلف به من المجلس الذى ينيبه كعضوية لجنة تحقيق برلمانية ، وما ساعد على هذا أن —

وضع القواعد الجنائية المتصلة بموانع المسئولية من القياس

٧٢٢ ـ هذه القواعد تصدر عن مبدأ قانونى عام أو موجه من الموجهات

ـــ الدستورين البلجيكى والفرنسى جعلا مناط الحرية أو الحصانة كون القول أو الرأى قد أبدى أثناء القيام بالوظيفة **dans l'exercice des fonctions** . ومع أن دستورنا الحالى لم يصرح بهذا المناط فى المادة ٩٨ ولم يذكر إلا كون الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم أبديت فى المجلس أو فى لجانه ، إلا أننا نعتقد أن هذا المناط ملحوظ فى تلك المادة التى لم تقصد من صدور الأقوال فى المجلس أو فى لجانه إلا التنبيه إلى أنها صدرت أثناء قيام العضو بوظيفته ولم يقصد بها الإشارة إلى أكثر من هذا المعنى ، فلا يشترط اجتماع الظرفية المكانية مع القيام بأعمال الوظيفة للاحتجاج بالحصانة بل يكفى للاحتجاج بها القيام بأعمال الوظيفة ولو خارج المجلس متى كان ذلك بتكليف منه كما هو الشأن فى أعضاء لجان استظهار الحقائق أو تقصيها إذا مارسوا عملهم خارج المجلس بتكليف منه . ونشير بهذه المناسبة إلى أن المادة ٩٦ من الدستور حظرت إسقاط عضوية أحد أعضاء المجلس إلا إذا فقد الثقة والاعتبار أو أحد شروط العضوية أو صفة العامل والفلاح التى انتخب على أساسها أو أخل بواجبات بوظيفته . ويجب أن يصدر قرار إسقاط العضوية من المجلس بأغلبية ثلثى أعضائه ، ومع ذلك فقد رأينا فى مصر أعضاء يفقدون مقاعدهم فى المجلس ، عن طريق إسقاط عضوية الاتحاد الاشتراكى عنهم ، لمجرد أنهم أبدوا آراءهم داخل مجلس الأمة بعد نكسة ١٩٦٧ فى أسباب هذه النكسة وفى بعض أشخاص كانوا فى قمة السلطة فى ذلك الوقت ، وهو أمر لا أعتقد إمكان حدوثه مرة أخرى ، ذلك أن مقصود الدستور من هذه الحرية أو الحصانة إنما هو إتاحة الفرصة للتعبير فى المجلس النيابى عن إرادة الشعب بأوفى ما يمكن من الحرية مما يقتضى عدم الحجر بأى وجه على نوابه وممثليه فى إبداء ما يشاؤون من الأفكار والآراء ومعاونتهم على إبدائها غير معرضين لرقابة أو مراجعة من أية جهة عامة أو خاصة ، إلا مجلسهم ، وقد أثر عن روايبه كولار قوله : ما يقال على المنبر لا يسأل عنه قائله إلا أمام المجلس **La tribune n'est justiciable que de la chambre** . وهذه الحصانة أو الحرية مطلقة من حيث موضوعها ، فالنائب يستطيع بها أن يقول ما يشاء مهما كان ممقوتاً أو معاقباً عليه . هو يستطيع ، بغير أن يتعرض لأية مسئولية جنائية أو مدنية ، أن يسب أى شخص أو يقذفه وأن يخوض بغير احتياط ولا تحرج فى سيرة أى فرد حاضراً كان أو غائباً . يستطيع أن يغرى بارتكاب الجرائم أو يحبذها أو يحرض على قلب نظام الحكم أو يدعو الجند إلى العصيان أو العمال إلى الإضراب أو الشعب إلى الثورة لا يتعرض لشىء إلا للجزاءات المقررة فى اللائحة الداخلية للمجلس . هى حرية مطلقة لا يبطلها أن يكون مباشرها سىء النية أو كاذباً أو مهملا إهمالا جسيماً . هذه الحرية مطلقة حتى من قيود الرد والتصحيح التى يخضع لها كل المواطنين فلا يجوز قانوناً لمن مسهم عضو فى المجلس النيابى فى أقواله أياً كانت صفتهم أو مقامهم أن يردوا أو يصححوا أو يطلبوا من رئيس المجلس إحاطته علماً بردهم أو تصحيحهم كما لا يجوز لهم نشر الرد أو التصحيح فى الجريدة الرسمية التى تنشر المضابط . وقد حدث فى مجلس النواب المصرى فى ٤ سبتمبر ١٩٢٦ أن بسط رئيس مجلس النواب هذا المبدأ فقال « . . إن الاحتجاج نوع من المؤاخذة وبما أن المؤاخذة ـــ

العامة للنظام القانونى مؤداه ألا يتحمل المسئولية الجنائية إلا من كان أهلا لها ومن ثم يجوز القياس على كل مانع من موانع المسئولية الجنائية لاتحاد العلة . فإذا كان المشرع فى المادة ٦٢ عقوبات يعتبر الغيبوبة الناشئة عن عقاقير مخدرة أياً كان نوعها مانعاً من موانع العقاب (وإن كانت فى حقيقة تكييفها مانعاً من موانع المسئولية لا العقاب) إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها ، فإننا نرى أنه يجوز قياس الغازات التى تحدث غيبوبة على هذه العقاقير لتوفر العلة فى الحالتين[1] . ومن ذلك أيضاً أن المادة ٦٥ من قانون العقوبات الصادر عام ١٨٨٣ كانت تنص على أنه « إذا أكره المتهم على فعل جناية أو جنحة بقوة لا يستطيع مقاومتها فلا يعتبر ما وقع منه جناية أو جنحة » ولم يرد هذا النص ضمن التقنينات العقابية اللاحقة ، اكتفاء منها بالنص على حكم الإكراه المعنوى دون الإكراه المادى ، ومع ذلك فالإجماع على أن نص المادة ٦١ عقوبات الحالى ينسحب على الإكراه المادى انسحابه على الإكراه المعنوى لاتحاد العلة فى كل منهما .

وضع القواعد الجنائية المتصلة بموانع العقاب من القياس

٧٢٣ ـ نفرق فى صدد هذه القواعد بين نوعين : أحدهما صادر عن مبدأ عام ، وهذا يجوز القياس عليه ، والآخر من قبيل القواعد الأخص أو الخاصة بالمعنى الضيق على نحو ما أشرنا إليه من قبل وهذا لا يجوز القياس

ـــ ممنوعة فالاحتجاج ممنوع لأن معنى الاحتجاج المؤاخذة وحفظ الحق وبما أنه لا حق لأحد فى مؤاخذة أى عضو من أعضاء البرلمان فليس لأى إنسان كان أن يحتج عليه . . إن هذا المجلس ليس محلا لتسجيل الاحتجاجات وليس لأحد مطلقاً مهما كان كبيراً أن يحتج على عمل أو قول يصدر من هذا المجلس أو من أحد أعضائه فليعلم هذا من لم يعلم ليريحوا أنفسهم ويريحونا من كثرة الاحتجاجات التى لا تفيد مطلقاً ـ مجموعة تعليقات مجلس الشيوخ على المادة ١٠٩ من الدستور ص ٢٤٢٢ وانظر فيما تقدم ، بارتلمى ودويز ص ٥٦٥ وفيدل ص ٤٠٢ وليرتقان بند ٣٧١ و ٣٨١ . وفى الفقه المصرى محمد عبد الله محمد ، المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها .

(١) انظر مقالنا « العلاج النفسى فى القانون » ، المجموعة الرسمية س ٦١ ص ٩١٧ ـ ٩٣٤ حيث ذكرنا أن النائم مغناطيسيا يعفى من المسئولية إذا ارتكب جريمة لأنه لا يستطيع مقاومة أوامر المنوم الذى يسأل وحده من الجريمة التى ارتكبها النائم باعتباره فاعلا معنوياً لها إذ لم يكن النائم إلا أداة فى يده .

عليه . وبالتعويل على ذلك فإن المادة ٣١٢ عقوبات قبل تعديلها بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧ التى كانت تنص على أن « لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه » ، كانت تتضمن حكمين أحدهما ذو علة قاصرة والثانى ذو علة متعدية . وبالنظر إلى من يفيد من هذا المانع من موانع العقاب نجد أنه أحد الزوجين أو أحد الأصول أو الفروع وذلك لعلة تتصل بعلاقة القربى أو الدم التى تربط بين الجانى والمجنى عليه فى هذه الجريمة على نحو لا تتحقق بنفس القوة وعلى ذات الدرجة فى علاقة المجنى عليه بأخيه أو عمه مثلا . لهذا فالعلة فى حالتنا هذه قاصرة ، فلا يجوز قياس أحد من الأقارب ممن لم تذكرهم المادة سالفة الذكر على من ذكرتهم . وبالنظر إلى الجريمة محل الإعفاء من العقاب نلاحظ أن العلة المتصلة بشكلها متعدية ، إذ أنها تتوفر فى حق أحد الذين عينتهم المادة إذا نصب على المجنى عليه وسلبه ثروته كلها أو بعضها ، أو إذا خان أمانة كانت مودعة لديه من أحد المجنى عليهم الذين حددتهم هذه المادة . وهذا بالفعل ما خلص إليه القضاء المصرى فى ظل تلك المادة ، كما سبق القول ، حيث سحب حكمها على ما يقع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين من نصب أو خيانة أمانة ، ومن غصب بالتهديد[1] .

وتطبيقاً لما أسلفناه عن العلة غير المتعدية أو القاصرة ، فإنه لا يفيد من مانع العقاب الوارد بالمادة ١٤٤ فقرة أخيرة عقوبات سوى من عينتهم هذه المادة وهم زوج أو زوجة من أخفى أو سوعد على الاختفاء أو الفرار من وجه القضاء دون أبويه أو أجداده أو أولاده أو أحفاده ، بل إن مانع العقاب هذا لا تفيد منه الزوجة المطلقة ولا الزوج المطلق ، فصفتهما قد زالت عنهما وقت الإخفاء[2] ، وكذلك الشأن بالنسبة لإعفاء الراشى والوسيط من العقاب إذ الإعفاء مقصور عليهما دون المستفيد من الرشوة (م ١٠٧ عقوبات) .

(١) وبعد أن عدل المشرع هذا النص عام ١٩٤٧ طبق القضاء المصرى نفس الحكم على تبديد أحد الزوجين لمنقولات زوجته – نقض ١٠ نوفمبر ١٩٥٨ س ٩ ص٨٩١ . وراجع ما ذكرناه عن تقبل القياس فى تفسير القاعدة الجنائية فى الإتحاد السوفيتى ص ٥٦٠ .

(٢) وذلك على العكس من بعض التشريعات العربية ومنها قانون العقوبات اللبنانى .

وضع القواعد الجنائية المتصلة بتخفيف العقوبة من القياس

٧٢٤ – هذه الفئة من القواعد لا يجوز القياس عليها لأن علتها قاصرة غير متعدية ، ومن ثم فإن تخفيف العقوبة الواردة بالمادة ٣١٩ عقوبات بخصوص سرقة الغلال أو المحصولات الزراعية التى لم تكن منفصلة عن الأرض وكانت قيمتها لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً لا يسرى على غير هذا المحل المادى ، وذلك لأن القاعدة التى تضمنتها هذه المادة تعتبر قاعدة خاصة من النوع الضيق بالنسبة للقاعدة العامة التى تضمنتها المادة ٣١٨ عقوبات ، فالعلة فى الأولى لا تتعداها إلى غيرها من المسروقات حتى ولو كانت قيمتها لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً .

وضع القواعد الجنائية المتصلة بتشديد العقوبة من القياس

٧٢٥ – وهذه القواعد بدورها لا يجوز القياس عليها لأن علة التشديد فيها قاصرة فلا تتجاوزها إلى غيرها ، وبناء عليه فلا تشدد العقوبة المقررة للنصب إذا وقعت الجريمة ليلا قياساً على السرقة لعدم توفر العلة من التشديد بالنسبة للنصب .

الشك فى تفسير قانون العقوبات

٧٢٦ – ذهب رأى فى الفقه إلى أنه إذا كان النص الجنائى شديد الغموض واستحال على المفسر تحديد قصد الشارع وتساوت فى نظره وجوه متعددة يمكن أن يؤول النص وفقاً لها وجب ترجيح الوجه الذى تتحقق به مصلحة المتهم إعمالا لقاعدة « الشك يفسر لمصلحة المتهم »[1] . والحق إن المجال الصحيح لهذه القاعدة هو نظرية الإثبات لا تفسير القانون ، فالإثبات ليس إلا مقدمة للتفسير فهو يهدف إلى التدليل على واقعة معينة ، أما التفسير فعملية ذهنية ترمى إلى الكشف عن قصد الشارع دون لبس أو غموض . ومهما

(١) محمود نجيب حسنى ، القسم العام ، المرجع السابق ص ٩٦ – الصيفى ، القاعدة الجنائية ، المرجع السابق . وإن كان كلاهما يرى أن هذا الفرض نادر ومن المستبعد أن يبلغ غموض النص القدر الذى يجعل الكشف عن قصد الشارع مستحيلا . وهما يريان أيضاً أن مجال إعمال قاعدة « الشك يفسر لمصلحة المتهم » هو حالة استحالة الكشف عن قصد الشارع لا مجرد صعوبة ذلك وإن كانا قد عادا إلى تقرير أن المجال الرئيسى لتطبيق هذه القاعدة هو الإثبات حيث تتعادل أدلة الإدانة وأدلة البراءة فيكون متعينا ترجيح الثانية .

كان النص الجنائى متناهياً فى غموضه فإن هذا لا يعنى المفسر من الوصول إلى تحديد معناه دون الاكتفاء بالوقوف عند الشك فى هذا المعنى وإلا كان مؤدى ذلك أن المفسر لم يستقر بعد على معرفة القانون . وإذا سلمنا جدلا بأن ثمة نصاً جنائياً لا يمكن الاهتداء إلى معناه مهما استعان المفسر بما لديه من أساليب التفسير فإنه لا مندحة من تقرير إباحة الفعل ، ليس تعويلا على قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم وإنما استصحاباً لمبدأ « الأصل فى الأشياء الإباحة»[1] ، ولأن النص الغامض لا يمكن أن يخلق جريمة أو عقاباً على تقدير أن جوهر مبدأ الشرعية هو فى إحاطة الناس علماً عن طريق التشريع بما يعتبر جريمة قبل الإقدام على ارتكابها والحيلولة دون غموض النص . وهذه النتيجة قد لا نتوصل إليها إذا فسرنا الشك لصالح المتهم لأن هذا الشك قد يؤدى إلى تحميله عبء جريمة معينة أخف من جريمة أخرى يثور الشك فى مدى انصراف قصد الشارع إليها [2] .

٧٢٧ ــ هذا ونشير فى النهاية إلى أننا لا نقر الرأى السائد فى الفقه والقائم على التفرقة بين قياس لصالح المتهم وآخر لغير صالحه ، ذلك لأن القياس الذى هو لصالح المتهم قد يكون محظوراً متى تعلق أمره بقاعدة جنائية خاصة بالمعنى الضيق كما هو الحال بالنسبة لبعض القواعد الجنائية التى تتعلق بموانع العقاب وتخفيف العقوبة ، بل إن أسباب الإباحة نفسها لا تقبل القياس إذا كانت أسباباً خاصة بأشخاص معينين أو بجرائم معينة[3] .

ثانيا : الأسلوب المنطقى فى التفسير

٧٢٨ ــ إذا كان الأصل كما أسلفنا القول هو استخدام الأسلوب اللغوى فى تفسير النص التشريعى للكشف عن إرادة التشريع ، وهو ما يتحقق فى حالة ما إذا اعتور ألفاظ النص غموض أو لبس أو عدم دقة فى التعبير ، فإن ثمة حالات تكون عبارة النص فيها من الوضوح بمكان ومع ذلك يؤدى تطبيق النص فى حدود نطاقه ، واسعاً كان هذا النطاق أو ضيقاً ، إلى نتائج

---

(١) وهذه هى البراءة الأصلية التى عرفها الفقه الإسلامى قبل ذلك وتكلمنا عنها فى الكتاب الأول .

(٢) فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٧٣ .

(٣) من هذا الرأى ، الصيفى ، المرجع السابق .

تتعارض مع المنطق أو تفوّت على النص الحكمة التى يستهدفها ، الأمر الذى ينتهى بالحيلولة بين النظام القانونى وبين تحقيق الصالح العام . ولتفادى هذه النتائج الخطيرة التى ينزه المشرع عن أن يكون قصدها لا نجد مناصاً من أن نهجر الأسلوب اللغوى للتفسير ونعمم أسلوبه المنطقى ، صاعدين من المعنى اللغوى لعبارات النص إلى روح النص ذاتها حتى نكشف بذلك عن الإرادة الحقة للنص التشريعى . ونشير فيما يلى إلى العناصر التى يمكن الاستعانة بها فى مجال الأسلوب المنطقى للتفسير :

١ ــ الاهتداء بالحكمة من النص التشريعى ratio legio : وتبرير ذلك أن المشرع لا يجرم فعلا ما لمجرد التجريم ، وإنما لحكمة يبتغيها اتخذ من التجريم وسيلة لبلوغها . ومن ثم يجب علينا أن نستهدف أول ما نستهدف الحكمة من كل نص تشريعى على حدة ، مسترشدين فى ذلك بتحديد المال أو المصلحة اللذين يحميهما النص ، فالمعرفة بالقوانين لا تقف لدى الإلمام بألفاظها وإنما تتجاوزها ــ على حد تعبير المبدأ الرومانى الذى وضعه جستنيان فى مدونته ــ إلى الوقوف على قوتها ومفعولها . وقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء عن هذا بقولهم إن العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى . ففى جريمة القتل مثلا يحمى المشرع الحق فى الحياة ، لهذا يجرم كل فعل ينطوى على عدوان على هذا الحق سواء تمثل العدوان فى إلحاق ضرر فعلى أو تمثل فى تعريضه لخطر هذا الضرر . ولا تتحقق غاية المشرع من حمايته لهذا الحق إلا إذا سلمنا بأن الخطر يشمل النشاط الإيجابى والسلبى معاً . وقد يتعذر علينا الكشف عن المال أو المصلحة اللذين يحميهما النص إذا بحثنا عنهما داخل إطار النص وحده وفى معزل عن غيره ، لهذا ينبغى علينا فى مثل هذه الحالة أن نفيد من الموقع الجغرافى للنص ــ على حد تعبير الفقه المقارن ــ ليوضح لنا الحكمة التى توخاها المشرع من مجموعة النصوص التى ينتمى إليها النص ذو الحكمة الخافية . من أمثلة ذلك المادة ٣٨١ عقوبات مصرى التى تعاقب « كل من مر من القصابين أو غيرهم بلحم البهائم أو جثثها داخل المدن أو حملها بدون أن يحجبها عن نظر المارين » . إذا أخذنا بالمعنى اللغوى المستخلص من ألفاظ هذا النص وعباراته ، وهو المعنى الذى يبرز لأول وهلة ، أمكننا القول إنه ينطبق على كل من يحمل اللحم المذكور ملفوفاً فى كيس شفاف لا يحجبه

عن الأنظار أو يضعه فى عربة لحمل اللحوم مغلقة بالزجاج . من الممكن القول بهذا وتكون الحكمة بداهة أن المشرع قصد من وراء النص حماية جمال المدينة وزينتها من أن تقع العين على منظر اللحم غير المحجوب ، ولكن مثل هذه الحكمة لم يقصدها المشرع ، آية ذلك أنه سمح لغير القصابين بأن يجوبوا المدن حاملين اللحم غير محجوب عن الأنظار . ولكى نقف على الحكمة الحقة من من تجريم هذا الفعل وجب علينا أن ننظر إلى مجموعة النصوص التى وردت بينها هذه المادة . إنها تتصدر مجموعة من المواد وضع لها المشرع عنواناً : « المخالفات المتعلقة بالصحة العامة » ، لهذا يجب علينا ألا نسحب حكم المادة المذكورة على هذين الفرضين الأخيرين فهما تتحقق حماية الصحة العامة . يؤيدنا فى هذا أن المشرع قصر التجريم على القصابين دون المستهلكين لأن الأخيرين يحملون ما سيأكلونه فالمفروض فيهم أنهم سيعملون على عدم تلوث اللحم بأن يلفوه محافظة على صحتهم ، وقد لا يكون لدى القصابين مثل هذا الحرص على الصحة العامة . وإلى جانب تعقب الحكمة من كل نص على حدة بذاته أو على ضوء مجموعة النصوص التى ينتمى إليها ، فثمة حالات يقتضى تقصى الحكمة فيها أن نبحث عن الحكمة المشتركة بين هذه النصوص . من أمثلة ذلك أن نستهدى الحكمة من تجريم التزوير فى المحررات لنخلص إلى أنه يشترط فى هذه الفئة من الجرائم أن يتوفر فى حق الجانى قصد خاص يتمثل فى نية استعمال المحرر فيما خصص له . إن المشرع لم ينص على هذا العنصر من عناصر القصد فى هذه الفئة من الجرائم ولكن فى اشتراطه ما يضع إطاراً يحصر بداخله صور التزوير التى قصد المشرع تجريمها . وقد يقودنا البحث عن الحكمة من مجموعة نصوص إلى تعقبها على ضوء غايات النظام القانونى ككل . من أمثلة ذلك أن المشرع لا يحمى بجرائم الأموال ، ولا سيما السرقة والنصب وخيانة الأمانة والإتلاف ، ما لا يعتبر مالا لكونه يخرج عن دائرة التعامل كالمخدرات والسموم . وقد انفرد الدكتور الصيفى بالمناداة باستلزام أن يكون المحل المادى لهذه الجرائم « مالا » بالمعنى القانونى لمصطلح المال . وبناء عليه لا تقع جريمة السرقة تامة بالنسبة لمن يضع يده فى جيب غيره بقصد السرقة فيخرج منها لفافة من الورق يفضها فيجدها مخدراً ، الجريمة فى حالتنا هذه

شروع فى سرقة لا سرقة تامة لأنه لم يُنهِ حيازة « مال » وينشئ حيازة جديدة له (١) .

٢ – الاستعانة بالعناصر القانونية والسياسية والتاريخية التى تحيط بالنص التشريعى وتهيئ له المناخ الأنسب : ويمكننا رد هذه العناصر إلى ما يلى(٢) :

(أ) الاستعانة بصلة النص التشريعى بقواعد فروع القانون الأخرى التى تعمل إلى جانب القانون الجنائى ، فهذه جميعها تتعاون من أجل تحقيق الصالح العام الذى يتغياه النظام القانونى .

(ب) الاستعانة بالقوانين الأجنبية التى تنهج بصفة أصلية منهج القانون الجنائى الوطنى فضلا عن الاستعانة بتفسير الفقهاء الأجانب لهذه القوانين .

(حـ) الرجوع إلى الأعمال التحضيرية وإلى النصوص المراد تعديلها أو إلغاؤها ، وإلى النص الأسبق عليها ، فهذه توضح تاريخ النص وتبين ظروف وضعه فتكشف بالتالى عن إرادته .

(د) أخذ الوضع السياسى والاجتماعى للدولة فى الحسبان عند تفسير النص التشريعى ، فهذان يكونان المناخ السياسى والاجتماعى للنص .

نتائج التفسير المنطقى

٧٢٩ – ترجع نتائج تطبيق الأسلوب المنطقى للتفسير ، بالنظر إلى الأسلوب اللغوى للتفسير ، إلى إحدى نتائج ثلاث : (١) إما أن يتطابق الأول مع الثانى فى النتيجة التى يخلص إليها بحيث يتحد النطاق اللغوى للنص مع نطاقه المنطقى . (٢) وإما أن يضيق التفسير المنطقى من النطاق اللغوى للنص ويوصف التفسير فى هذه الحالة بأنه تفسير مضيق . (٣) أو يوسع من النطاق اللغوى للنص ويوصف التفسير فى هذه الحالة بأنه تفسير موسع . وأياً كانت نتيجة التفسير المنطقى فهو فى جميع الحالات تفسير محض كاشف عن إرادة النص يقتصر دوره على إزالة ما يعتور النص من غموض أو إبهام دون أن ينشئ إرادة

(١) انظر فى بسط هذا الرأى ، الصيفى ، النظرية العامة لجرائم الأموال ص ٩ وما بعدها .

(٢) جرسبينى ، المرجع السابق ص ٣٢٩ فقرة ٧ وما بعدها .

جديدة للنص . وسنتكلم فيما يلى عن التفسير المضيق والموسع على التوالى .

التفسير المضيق من المجال اللغوى للنص

٧٣٠ ــ هذه الصورة من صور التفسير المنطقى تستهدف حصر المجال اللغوى للنص التشريعى فى حدود الإرادة الحقة للنص التشريعى . ويعبر الفقه عن هذا بقوله إن النص فى هذه الحالة يكون قد « قال أكثر مما أراد » . إذن يجب أن نحصر نطاق ألفاظ النص فى الحدود التى أرادها بحيث لا تتجاوزها إلى غيرها من الحالات التى لم يردها . وأبرز مثال يضربه الفقه لذلك هو نص المادة ٩٨ عقوبات مصرى الذى يجرى بأن « يعاقب بالحبس كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد . . من هذا القانون ولم يبلغه إلى السلطات المختصة » . لقد صيغ التكليف فى هذا النص بصيغة تلزم من علم بمشروع الجرائم المذكورة ، وهى جرائم موجهة ضد أمن الدولة ، بأن يبلغ السلطات المختصة بذلك أياً كان مصدر علمه ، أى سواء علم بالمشروع من الصحف أو من الإذاعة أو من نشرة صدرت عن نفس السلطات المختصة . هذا هو المدلول اللغوى للنص وهو من السعة لدرجة لا يقبلها العقل ولا يستسيغها العمل . لهذا كان لا بد من الالتجاء إلى الأسلوب المنطقى فى التفسير لنحد من غلواء العبارات المستخدمة فى النص بحيث يصبح المدى اللغوى للنص مطابقاً لمداه المنطقى ، ولا يتحقق هذا إلا إذا قلنا إن المشرع لا يقصد من وراء التجريم فى هذه المادة إلا أن يتناول بالعقاب من يكتم علمه عن السلطات المختصة التى لا تكون قد علمت بعد بمشروع الجريمة . لهذا يخلص لنا أنه يشترط لتطبيق هذا النص أن يكون عدم الإبلاغ قد تحقق فى وقت لم تكن السلطات المختصة قد أحيطت فيه علماً بمشروع الجريمة . فى هذا المثال انصب التضييق على المعنى اللغوى للسلوك المحظور جنائياً .

ويمكننا أن نضرب مثالا آخر ينصب فيه التضييق على المحل المادى للجريمة . فالمادة ٣٨٦ ثانياً تعاقب « من نزع أو مزق عمداً الإعلانات الملصقة على الحيطان بأمر الحكومة أو صيرها لا تقرأ » . فالمحل المادى لهذه الجريمة هو الإعلانات المذكورة ، ولم يشترط النص فى هذه الإعلانات إلا أن تكون

(١) انظر الصيفى ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

ملصقة بأمر الحكومة على الحيطان ، ويتسع هذا المعنى اللغوى ليمتد إلى تجريم تمزيق إعلانات استنفدت أغراضها ، فمن يمزق إعلانات دعاية انتخابية بعد الانتهاء من الانتخابات وإعلان نتيجتها ، ومن يمزق إعلانات مزاد علنى بعد انتهاء ميعاده يتناوله المجال اللغوى لهذا النص ، وهى نتيجة يأباها المنطق ويمجها الذوق السليم . لهذا لا مفر للمواءمة بين النطاقين اللغوى والمنطقى للنص من أن تقصر التجريم على الإعلانات التى لم تكن قد استنفدت أغراضها بعد .

٧٣١ ــ وثم مثال يتناول فيه التضييق صفة الجانى : تعاقب المادة ٧٧ ج عقوبات بالإعدام « كل » من سعى لدى دولة أجنبية معادية . . لمعاونتها فى عملياتها الحربية أو للإضرار بالعمليات الحربية للدولة المصرية » . اللفظ الذى يحدد الجانى فى هذه الجريمة عام عبر عنه النص بكلمة « كل » لهذا فهو يشمل المصرى كما يشمل الأجنبى . ولما كان الأجنبى الذى يعاون العدو فى عملياته الحربية تحميه قواعد القانون الدولى العام فتعتبره أسير حرب إذا وقع فى يد السلطات المصرية ، ولا يعقل أن يكون المشرع قد أراد الخروج على هذه القاعدة الأساسية من قواعد القانون الدولى العام ، ولكى نوائم بين النطاقين اللغوى والمنطقى للنص لا بد من القول بأن النص يقصد قصر تطبيقه على كل مصرى أو كل أجنبى لا يعتبر « محارباً » فى جيش العدو .

التفسير الموسع من المجال اللغوى للنص

٧٣٢ ــ فى هذه الصورة من صور التفسير المنطقى يضيق المجال اللغوى للنص عن مجاله المنطقى ، وتبريره أن النص « قال أقل مما أراد » . لهذا فلا بد لكى نوائم بين المجالين من أن نوسع من المجال اللغوى بحيث يطابق المجال المنطقى للنص . من أمثلة ذلك مانصت عليه المادة ٤٣ عقوبات مصرى من أن « من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت» والنص صريح فى قصر المسئولية الجنائية عن الجريمة المغايرة على « الشريك » دون « الفاعل مع غيره » للجريمة . وهذا النطاق اللغوى للنص يتعارض مع المنطق ويهدد الصالح العام ، إذ كيف يتسنى لنا أن نخضع الشريك وحده للجريمة المغايرة دون الفاعل مع غيره مع أن هذا الأخير أشد جرماً وأكثر خطورة من الشريك ؟ لا مفر من أن نهجر الأسلوب اللغوى المضيق لمجال المسئولية الجنائية

على نحو يتعارض مع إرادة النص ، وأن تأخذ بالأسلوب المنطقى فنقرر أن الفاعل مع غيره بدوره يسأل عن الجريمة المغايرة من باب أولى ، وبهذا ينتهى الأسلوب المنطقى بالكشف عن الإرادة الحقة للنص موسعاً من مجال الأسلوب اللغوى للتفسير ليطابق مجاله المنطقى(١) .

المبحث الرابع

المخاطبون بالقاعدة الجنائية

٧٣٣ ـ الأصل أن المشرع يخاطب بالقاعدة الجنائية كل من يوجد على إقليم الدولة من المواطنين والأجانب ، وقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات المصرى على هذا بقولها « تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » ، يستوى فى ذلك أن يكون الأجنبى مقيماً بالدولة أو موجوداً بها ولو وجوداً عرضياً ، ويرجع إخضاع الأجانب للقاعدة الجنائية إلى طبيعة هذه القاعدة ذاتها ، فهى قاعدة تمليها ما للدولة من سيادة على إقليمها ، تلك السيادة التى من شأنها إخضاع كل من يقيم بإقليم الدولة أو يوجد به للتشريعات الجنائية للدولة وعدم السماح للقاضى الوطنى بأن يطبق قانون عقوبات أجنبى ما لم يحل إليه التشريع الوطنى . بيد أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض الاستثناءات الواردة فى القانون وترجع إما لاعتبارات داخلية وإما لاعتبارات دولية ، ويتجاوز نطاق هذا البحث الخوض فى هذه الاستثناءات(٢) .

(١) انظر فى كل ما تقدم ، الصيفى ، القاعدة الجنائية ص ٢٧٠ — ٢٧٦ . والأمثلة التى أوردناها فى المتن هى التى ساقها هذا الفقيه .

(٢) من الإعفاءات المستمدة من القانون الداخلى ، حصانة رئيس الدولة التى كانت تنص عليها المادة ١٣٠ من دستور ١٩٥٦ والمادة ١١٢ من دستور ١٩٦٤ . أما دستور ١٩٧١ فقد نصت المادة ٨٥ منه على أن يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكابه جريمة جنائية بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس . ومن الإعفاءات المستمدة من القانون الدولى ، عدم خضوع القوات الحربية الأجنبية لقوانين الدولة الموجودة بها ولا لقضائها الإقليمى إذا كان دخولها إقليم هذه الدولة بتصريح منها وذلك أثناء قيام أفراد هذه القوات بعملهم الرسمى ، وإعفاءات رئيس الدولة الأجنبية وحصانات وامتيازات المبعوثين الدوليين — انظر فى تفصيل =

وضع غير المسئول جنائيا من القاعدة الجنائية

٧٣٤ ـ لا توجه القاعدة الجنائية ، بما تنطوى عليه من شقى التكليف والجزاء ، إلى غير من تسمح له حالته الذهنية والنفسانية والمعنوية بأن يفهم مضمونها ويدرك ماهيتها . وإذا كان المجنون قادراً على ارتكاب الجريمة من الناحية الواقعية ، فإنه غير قادر على مقارفتها من الناحية القانونية ، الأمر الذى يخرجه من عداد الأشخاص الذين خصهم المشرع بأوامره ونواهيه ، فغير ذى الأهلية الجنائية ـ فى رأينا ـ لا يعتبر من المخاطبين بالقاعدة الجنائية لأنه لا يفقه أحكامها (١) .

الجاهل بالقانون الجنائى وغير المسئول جنائيا

٧٣٥ ـ حاول فقهاء المدرسة الوضعية البحث عن إرادة لدى غير ذوى الأهلية الجنائية ، فقرروا أن هؤلاء ليسوا محرومين تماماً من توافر إرادة لديهم ، بل إنه على الرغم من شذوذ إرادتهم فإن هذا لا يحول دون اعتبارهم أهلا لأن يخاطبوا بالقاعدة القانونية(٢) . وهم يضيفون أن النظام القانونى يعتمد على القيم الموضوعية للمراكز القانونية ، وتعويلا على ذلك فإن القاعدة القانونية تنطبق على جميع المواطنين حتى بالنسبة لمن كان يجهلها منهم . وإذا صح هذا بالنسبة لقاعدة عدم الاعتداد بالجهل بالقانون فلماذا لا يقال نفس الشىء بالنسبة لغير ذى أهلية جنائية تأسيساً على أنه يشغل نفس المركز الذى يشغله الجاهل بالقانون سواء نظرنا إلى المسألة من الناحية النظرية أو نظرنا إليها من الناحية العملية ؟ إن كلا منهما لم يتصل علمه بالقاعدة القانونية

= هذا الموضوع محمود سامى جنينة ، القانون الدولى العام ، قانون السلم ص ٢٤٣ — على ماهر ، القانون الدولى العام ص ٢٢٧ ، مصطفى مؤمن ، قوة الطوارىء الدولية ودورها فى قضية السلام ، رسالة دكتوراه ١٩٦١ — حامد سلطان ، المرجع السابق ص ١٥٥ — محمد حافظ غانم ، العلاقات الدبلوماسية والقنصلية ١٩٦٢ ص ٢٣ — كمال أنور ، تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان ، رسالة دكتوراه ١٩٦٥ ص ٥٢ .

(١) محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٥٢ .

(٢) جرسبينى ، المرجع السابق . ويرى الدكتور رمسيس بهنام أن شذوذ إرادة غير ذى الأهلية الجنائية يوضع موضع الاعتبار فى اللحظة التى يقوم فيها فعله من الناحية القانونية لا فى اللحظة التى فيها يتجه القانون بالأمر إلى المخاطبين بالقاعدة — انظر المسئولية بدون خطأ ص ٤٠ .

اتصالا يمكنه من الوقوف على مضمونها وما ينطوى عليه من تكليف ، فكيف يقال — وهذا حالهما — إن الجاهل بالقانون وحده هو الذى يخاطب بالقاعدة القانونية دون غير ذى الأهلية الجنائية ؟ ألا تنطوى هذه التفرقة فى المعاملة على تناقض لا يرفع إلا بأن نعتبر هذا الأخير بدوره مخاطباً بالقاعدة القانونية ؟ إن كلا من الجاهل بالقانون وغير ذى الأهلية الجنائية فى وضع يستحيل معه الوقوف على مضمون القاعدة القانونية ولهذا وجب توحيد الحكم بالنسبة لهما معاً . ويعارض الدكتور الصيفى — ونحن معه — هذا الرأى ، فالحكمة التى توخاها المشرع من إخضاع الجاهل للقاعدة القانونية رغم جهله بها لا تتحقق بالنســبة لغير ذى الأهلية الجنائية . إن هدف الشارع من تقريره مبدأ « عدم الاعتداد بالجهل بالقانون » إنما هو تحقيق العدل المجرد بين المواطنين ولهذا لم يعلق خضوع كل منهم للقاعدة القانونية على شرط علمه بها إذ أن مثل هذا الشرط لا يعدو أن يكون محض مصادفة إن تحقق عفواً بالنسبة لبعض المواطنين فقد لا يتحقق بالنسبة للبعض الآخر ، كما أنه يترتب على تحققه تسوىء مركز من تحقق بالنسبة لهم . ومن ناحية أخرى فقد أراد المشرع بتقريره المبدأ المشار إليه أن يوصد باب إثبات الجهل بالقانون أمام المواطنين وهو باب لو فتح لما استطاع أن يوصده ولتعلل كل مواطن بجهله بالقانون الأمر الذى يتأدى إلى تعطيل القاعدة القانونية وقصر تطبيقها على حالات محدودة . هذا فضلا عن أن مركز الجاهل بالقانون يختلف تماماً عن مركز غير ذى الأهلية الجنائية ، فبينما يمكن نسبة الإهمال أو التقصير إلى من يجهل بالقانون لقعوده عن السعى إلى الوقوف على مضمونه بعد أن استنفد المشرع طرق الإعلان عنه بنشره فى الجريدة الرسمية على ما سنعرض له تفصيلا ، فإن غير ذى الأهلية الجنائية يختلف مركزه لأنه يستحيل عليه أن يعلم بمضمون القاعدة القانونية الأمر الذى لا يتأتى معه القول بأنه مكلف بالعلم بها ويستتبع بالتالى إخراجه من عداد المخاطبين بها إذ لا خطاب لغير المكلف(١) .

---

(١) انظر الصيفى ، القاعدة الجنائية ، المرجع السابق بند ١٤٧ . وراجع ما ذكرناه ص ٥٠ — ٥٣ عند كلامنا عن الشريعة الإسلامية من أن العقل مدار التكليف لأن البالغ =

المبحث الخامس

الجهل والغلط فى الوقائع

٧٣٦ — العلم بشىء هو المعرفة به أو الصورة الذهنية(١) الإدراكية التى يكونها شخص عنه ومن ثم لزم أن يكون عدم العلم بذلك الشىء أى الجهل به هو عدم توافر تلك الصورة الإدراكية عنه فى ذهن ذلك الشخص ، ولهذا كان الجهل يمثل حالة ذهنية « سلبية » حيث يخلو العقل من الصورة الإدراكية للشىء خلواً تاماً ، كاملا أو جزئياً . أما الغلط فإنه على العكس يمثل حالة ذهنية إيجابية حيث تقوم فى العقل صورة إدراكية عن ذلك الشىء أى يتوافر العلم به فعلا ، إلا أنه علم زائف غير صحيح ، إذ الصورة الإدراكية الموجودة فى عقل ذلك الشخص غير مطابقة للصورة الواقعية لموضوعه (٢) ، الأمر الذى يعنى بوضوح أن فكرة الجهل وفكرة الغلط فكرتان مختلفتان فيما بينهما من حيث الكيف النفسانى(٣) . ويرى البعض أن الاختلاف بين الجهل والغلط ليس اختلافاً من حيث النوع أو الكيف ، إنما هو فحسب

= العاقل هو الذى يدرك خطاب الشارع . وثمة رأى فى الفقه الوضعى مؤداه أن القاعدة القانونية لا توجه إلى غير ذى الأهلية الجنائية وإنما إلى من يمثله قانوناً كما هو الشأن بالنسبة للولى أو الوصى أو القيم أو المساعد القضائى ، وهو رأى مردود بأن هناك عقوبات تحول قاعدة « شخصية العقاب » دون توقيعها على ممثل غير ذى الأهلية الجنائية بصفته المخاطب أصلا بالقاعدة القانونية طبقاً لهذا الرأى .

(١) د. أحمد عزت راجح ، أصول علم النفس ١٩٥٠ ص ١٧٢ — د. يوسف مراد ، مبادىء علم النفس ١٩٤٨ ص ١٠٩ .

(٢) L'ignorance suppose un défaut absolu de toute représentation et consiste dans une absence totale de notion sur un objet déterminé; est un état négatif une privation de connaissance. L'erreur suppose une ideé fausse d'un objet determiné.
Radulesco (Jean) de l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale. Thèse paris 1923. p. 10. Baussuet a dit « Erreur c'est croire à ce qui n'est pas ; ignorer, c'est simplement ne le savoir pas ».

(٣) André Françon : l'erreur en droit pénal, quelques aspects de l'autonomie de droit pénal. paris 1956. p. 22.

اختلاف من حيث الدرجة أو الكثافة(١) ، فبينما الجهل هو عبارة عن انعدام العلم بصفة كلية بشيء أو بموضوع معين ، فإن الغلط يتوافر إذا كان الشخص يعلم بهذا الشيء أو الموضوع علماً ناقصاً ، أي أن الغلط هو عدم اكتمال العلم بكل الشيء ، ولهذا فهو عبارة عن جهل جزئي ومن ثم فالفارق بين الجهل والغلط ينحصر في درجة ذلك الجهل .

والحق إن حصر معيار التفرقة بينهما في الكم لا في الكيف أمر يتعارض مع المفهوم النفساني لكل منهما ، ولذلك فإن غالبية الفقه تذهب إلى أن معيار التفرقة بين الجهل والغلط يتركز في الكيف لا في الكم أو الدرجة . ولهذا يذهب سافيني(٢) إلى القول بأنه يصدق تماماً في وصف الغلط القول إنه الفكرة الزائفة حول موضوع معين ، كما يصدق أيضاً اعتبار الغلط حالة ذهنية « إيجابية » والجهل حالة ذهنية « سلبية » لكنه لا يبدو سليماً تصوير الجهل على أنه غياب الفكرة « كلها » بصدد موضوع معين ، ذلك أن غياب الفكرة حول ذلك الموضوع يمكن أن يوصف أيضاً « بالجهل » حتى إذا كان غياباً جزئياً ولهذا كان من الممكن أن يكون الجهل كلياً وأن يكون كذلك جزئياً ، وهكذا يتوافر الجهل سواء عند عدم العلم على الإطلاق بوجود حادثة ما أو عند العلم بها على نحو ناقص ، أي العلم بحدوثها دون العلم بأسبابها ولا بنتائجها أو العلم الخاطئ بهذه الأسباب والنتائج .

الجهل سبب دائم للغلط

٧٣٧ — بيد أنه على الرغم من هذا الاختلاف الكيفي بين فكرة الجهل وفكرة الغلط فهما مع ذلك غير منفصلين تماماً بل يمكن القول بأن هناك دائماً نوعاً من الروابط يجمع بينهما ، ذلك أن عدم تطابق الصورة الإدراكية للشيء مع صورته الواقعية لا يتوافر إلا إذا كان الشخص « يجهل » بحقيقة هذا الشيء إما بصفة كلية أو على الأقل يجهل بالحقيقة الواقعية لجزء من جزئياته . من أجل هذا فإنه يمكن القول بأن الصلة بين الجهل والغلط إنما

---

(١) Il n'ya pas de différence de qualité mais seulement de la densité et degré ; V. Delogu. op. cit n° 4 92.

(٢) Savigny : Traité de droit Romain, T. III p. 116

وانظر د . جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية ١٩٦٥ ص ٢٣٦ .

هي دائماً صلة سببية ، بحيث يمثل الجهل دائماً السبب أو العلة ويمثل الغلط النتيجة أو المعلول ، فلا غلط بدون الجهل . ولكن إذا كان لا يتصور غلط بدون جهل ، فإن العكس غير صحيح ذلك أنه من الجائز أن تتوافر لدى شخص حالة جهل « بواقعة » دون أن يقتضي ذلك أن تقوم لديه حالة غلط فيها .

آثار التفرقة بين الجهل والغلط

٧٣٨ — على هذا الأساس من التفرقة الكيفية بين الجهل والغلط ذهب بعض الفقهاء(١) إلى أنه لما كان هدف القانون هو السلوك الإنساني ، وكان سلوك الأفراد إنما يتأثر عادة بما يكوّنون من أفكار ومن معلومات ، فإن هذا مقتضاه أن المشرع الجنائي لا يجوز أن يقيم أثراً قانونياً إلا لحالات الغلط فحسب أي للحالة الإيجابية من العلم الزائف دون الجهل لأنه ليس سوى حالة إدراكية سلبية بحتة والحالة النفسية السلبية لا تدفع إلى السلوك ، ولهذا فهو لا يؤثر في وجود الإرادة ولا في توجيهها . أما الغلط ، وهو حالة علم فعلي متوافر وإن كان زائفاً إلا أنه يدفع بسبب إيجابيته إلى السلوك وبالتالي يؤثر وجوده في توافر الإرادة وفي توجيهها . يترتب على ذلك أن ما يعيب الإرادة هو قيام حالة الغلط وليس قيام حالة الجهل إلا في حدود ما يولّده ذلك الجهل من غلط في شيء « لأنه لما كان قانون العقوبات لا يهتم بأحوال النفس إلا بقدر ما تكون سبباً في سلوك الفرد ، ولما كان الجهل باعتباره حالة نفسية سلبية لا يمكن أن يكون سبباً نفسياً للسلوك فإنه يتعين على الفقيه الجنائي ألا يجعل الجهل موضع اهتمامه بل يصرف الاهتمام كله إلى الغلط »(٢) .

بيد أن هذا الرأي مردود ، ذلك أن ثمة حالات من الجهل لا تثير الغلط ومع ذلك يعتدّ بها القانون ويرتب عليها آثاراً جنائية ، فالجهل إذ يتمثل في انتفاء العلم حول موضوع معين ، من الجائز أن يكون انتفاء كاملا أو انتفاء جزئياً . وصحيح أن غياب العلم غياباً كلياً لا يحرك النفس بإزاء موضوع معين بأية

---

(١) Carrara; programme du cours de droit criminel, Traduction Bare-t- Pa s 1876. Delogu. op cit N 492- 493.

(٢) مقال الدكتور عمر السعيد رمضان « بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم » مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٤ ص ٦٢٤ .

حركة ذهنية ، لأنه لا يتصور أن تثور الفكرة إذا كانت غائبة تماماً عن ذهن الإنسان ، إلا أن هناك من الجهل أيضاً تلك الصورة الأخرى ، صورة الغياب « الجزئى » للعلم ، وهذه الصورة تتيح للذهن أن يفكر وإن كانت لا تتيح فكرة كاملة عن الموضوع . من أجل هذا ، ولأن الفكرة غير كاملة والعلم بالموضوع مجتزأ ، فإن الذهن يكون ، بصدد هذا الموضوع ، فى حالة شك وحالة الشك هى من خصائص القصد الاحتمالى[1] . والشك والغلط وإن كانا ينبثقان من مصدر واحد هو الجهل إلا أنهما مختلفان ، فبينما الغلط يتوافر إذا كون الشخص صورة إدراكية غير متطابقة مع الحقيقة الواقعية لموضوعها وأصبح بالتالى معتقداً اعتقاداً زائفاً بصحة ما يعلم ، فإن الشك يقوم عندما يكون اعتقاد الشخص وحكمه الإدراكى مذبذباً غير مستقر ، كما إذا تصور شخص أن نتيجة معينة قد تقع بناء على سلوكه ، وقد لا تقع على نفس المستوى والدرجة من الاحتمال بحيث لا يستطيع أن يقطع بما إذا كانت ستقع أو لا تقع . هذه الحالة من الشك التى تنبثق عن الجهل بظروف الحال ليست هى حالة غلط ومع ذلك يقام على أساسها القصد الاحتمالى . بيد أن الحقيقة السائدة فى ذلك هى أن الأمر يجب أن ينظر إليه فى مجموعه ، بمعنى أن ينظر إلى الرابطة النفسية التى يتطلب المشرع توافرها بين إنسان وشىء . فإذا كانت هى « العلم » كان ذلك يعنى أولا توافر الصورة الذهنية الإدراكية عن ذلك الشىء ، كما يعنى ثانياً توافر الصورة الإدراكية المتطابقة مع الحقيقة الواقعية لذلك الشىء ، أى كان العلم يعنى توافر المعرفة «الفعلية» والصحيحة بالشىء[2] . وعلى ذلك أصبح من البدهى أن يقال إنه إذا لم تتوافر الصورة الإدراكية فى ذهن شخص عن شىء ، أى جهل به ؛ أو توافرت لديه صورة إدراكية له إنما غير متطابقة مع حقيقته الواقعية ، أى علم به علماً زائفاً ، انتفت علاقة العلم أو صارت معيبة ، وعلى ذلك يكون

---

(١) الدكتور جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية ، المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٢) محمود نجيب حسنى ، القصد الجنائى . تحديد عناصره وبيان الأحكام التى تخضع لها ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٨ ص ٩٤ .

حكم الجهل بالشىء هو حكم الغلط فيه[1] .

٧٣٩ ـ وليس أدل على تطابق أثر كل من الجهل والغلط من أن المشرع الجنائى نفسه يستعمل كلا من التعبيرين للدلالة على ذات الأثر ، بل كثيراً أيضاً ما يستعمل تعبير الجهل ولا يقتصر على استعمال تعبير الغلط فالمشرع الألمانى مثلا فى قانون عقوباته الصادر سنة ١٨٧٠ قد استعمل تعبير « الجهل » بصدد بيانه للأسباب التى تنفى المسئولية أو تخففها فنص فى المادة ٥٩ / ١ على أنه « إذا جهل الفاعل وقت ارتكابه للفعل المجرّم بوجود الظروف التى تمثل العناصر القانونية التى تتركب منها الجريمة أو الظروف التى تشددها ، فإن هذه الظروف لا يعتد بها ضده . ولا يطبق الحكم السابق عند العقاب على الأفعال المرتكبة دون عمد إلا إذا كان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ » . كما أن المشرع الإيطالى فى قانون عقوباته الصادر سنة ١٩٣٠ قد استعمل تعبير الجهل وتعبير الغلط باعتبار أن كلا منهما يمثل عيباً من العيوب التى تعيب العلم فتنفيه أو تجعله عديم الأثر ، فنص فى المادة الخامسة على أنه « لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهله القانونى الجنائى » . ثم قال فى المادة ٤٧ بصدد بيانه لأحكام الغلط فى الوقائع « إن الغلط فى الواقعة التى تتكون منها الجريمة ينفى إمكان عقاب الجانى » . وكذلك فعل أيضاً المشرع اليونانى فى قانون عقوباته الصادر سنة ١٩٥٠ فى المادة ٣٠ بصدد تحديده لأحكام الغلط فى الوقائع الذى ينفى القصد فقال « لا يمكن إسناد فعل إلى فاعله إذا كان هذا الأخير يجهل بتوافر الوقائع التى يرتكب فيها فعله وقت ارتكابه له » . ونص فى المادة ٣١ بصدد تحديده لأحكام الغلط فى القانون على أن « الجهل بالتجريم لا يكفى فى ذاته وحده لنفى الإسناد » . هذا وقضى مشروع قانون العقوبات عندنا فى المادة ٥٣ بأنه « يصلح كدفاع الجهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر غير القانون الجنائى متى كانت منصبة على أمر يعد ركناً من الأركان المكونة للجريمة » . كما نص فى المادة ٥١ على أنه « ينتفى القصد الجنائى فى الجريمة

---

(١) **L'appréciaiton juridique de ces deux états est absolument la même, dès lors on peut indifféremment employer l'une ou l'autre expression.**

Savigny : Traité de droit Romain. 1845. Tome III p. 116.

إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط فى واقعة تعد ركناً من أركانها » . كما نص فى المادة ٥٢ منه على أنه « إذا جهل المجرم ظرفاً مشدداً للعقاب فلا يسأل عنه »(١) .

الجهل والغلط والارادة

٧٤٠ ــ يمكن القول ــ على ضوء ما تقدم ــ بأن الجهل وهو انعدام العلم بشىء ، والغلط وهو العلم الزائف بشىء ، على الرغم من اختلافهما « كيفاً » إلا أنهما يمثلان العاملين اللذين يؤثران فى « وجود » العلم وفى « صحته » ومن هنا يبدو الارتباط وثيقاً بين عدم توافر الصورة العمدية اللازمة لقيام المسئولية الجنائية عن جريمة لانعدام القصد الجنائى وبين توافر الجهل والغلط لدى الجانى ، فهما إن توافرا انعدم القصد ومن ثم « امتنع » قيام المسئولية الجنائية لعدم توافر الصورة الأصلية لركنها المعنوى وبذلك يمكن القول بأن القواعد التى تقرر انتفاء الجهل والغلط هى نفسها التى تؤكد توافر القصد الجنائى والعكس صحيح ، فالقواعد التى تقرر توافر الجهل أو الغلط هى بعينها القواعد التى تؤكد انتفاء القصد الجنائى و « امتناع قيام المسئولية العمدية »(٢) ، وعلى هذا الأساس نستطيع أن نتبين فى وضوح أن الأثر الأول والأساسى للجهل والغلط على المسئولية الجنائية يتحصل فى امتناع توافر هذه الأخيرة لانتفاء الصورة العمدية لركنها لمعنوى ، ولهذا صار من الجائز أن نصف

(١) ويلاحظ أن قانون العقوبات المصرى والفرنسى الحاليين كليهما لا يتضمنان نصاً يحدد أحكام الجهل أو الغلط ، بينما نجد عديداً من التشريعات الجنائية قد وحدت بين أثر الجهل وأثر الغلط على المسئولية على الرغم من الاختلاف الكيفى بين الفكرتين من ناحية علم النفس . ومن الأمثلة على ذلك المشرع النمساوى فى قانون عقوباته الصادر ١٨٥٢ والمعدل حتى ١٩٣٨ فى المادة الثانية والمادة ٢٣٣ والمشرع النرويجى فى قانون عقوباته الصادر ١٩٠٢ فى المادة ٤٢ وكذلك المشرع البرتغالى فى قانون عقوباته الصادر ١٨٨٦ فى المادة ٢٩ وكذلك القانون البولندى الصادر ١٩٣٢ فى المادة ٢٠ — وراجع فى ذلك مجموعة قوانين العقوبات الأوربية لمارك أنسل .

(٢) وأهمية الغلط فى نظر القانون تكمن فى « الجهل » بحقيقة الوقائع التى يتطلب القانون العلم بها ولذلك فمن الأدق أن ينسب انتفاء القصد الجنائى إلى « الجهل » بالحقيقة الذى يترتب على الغلط . ويتأدى ما أوردناه بالمتن أن نظرية الجهل والغلط لا تعدو أن تكون نظرية القصد الجنائى فى جانبها السلبى — انظر محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق ص ١١٥ .

ذلك الجهل والغلط بنوع أثره الذى خلفه فى المسئولية فنسميه بالجهل أو الغلط المانع (١) ، وإذا استعملت هذه التسمية فلا بد أنها كانت للتمييز بينه وبين نوع آخر للجهل والغلط الذى إذا توافر كان له أثر عكس أثره الأول هو الجهل والغلط «الموجب» أى الموجب للمسئولية الجنائية . وقد رأت التشريعات الجنائية كافة ألا تترك الجانى وقد حال جهله أو غلطه دون قيام المسئولية الجنائية عن جريمة ارتكبها بسبب نفيهما لقصده الجنائى الذى تتميز به الصورة العمدية أى الأصلية لركنها المعنوى ، فنصت على إقامة المسئولية عن بعض جرائم على أساس توافر صورة استثنائية لركنها المعنوى ، صورة تقوم وتتوافر على أنقاض الصورة العمدية التى هدمها جهل الجانى أو غلطه ، متخذة من توافر أيهما مادة أولية يتكون منها قوامها ، وهكذا يصبح وجود أيهما أمراً يوجب المسئولية الجنائية وبالتالى يمكن تسميتها بالجهل والغلط « الموجب »(٢) . ولما كان من الواضح أن الجهل والغلط ، سواء المانع أو الموجب ، هو نوع ذو فاعلية أو ذو نشاط تأثيري على المسئولية الجنائية ، كان إذن من الجائز منطقياً جمع هذين النوعين إلى بعضهما وردهما إلى جنس عام يجمع بينهما ، هو الجهل أو الغلط ذو النشاط التأثيرى على المسئولية الجنائية أو ذو الفاعلية عليها أو بإيجاز يمكن تسميته بالجهل أو الغلط الفعال (٣) أو الغلط الجوهرى باعتباره التعبير المستقر فى الفقه . هذه التسمية بدورها إنما اتخذت للتفرقة بين ذلك الجنس الجوهرى من الجهل والغلط وبين جنس آخر له ، ذلك أن ثمت حالات يحدث فيها أن يتوافر الجهل والغلط لدى الجانى ، ومع ذلك لا يكون لتوافرهما أية فاعلية أو تأثير على مسئوليته الجنائية عن الجريمة التى ارتكبها لا وجوداً ولا عدماً ولا تعديلا . هذا الجنس هو ما نسميه بالجهل أو الغلط غير الفعال أو غير الجوهرى(٤) .

L'ignorauce et l'erreur négative ou empêchant, Delogu op. cit. (١) N. 96.

L'ignoran ce èt l'ereur positive ou créateur. Delogu; op. cit (٢) N 496.

L'ereur propre. Delogu; op. cit N 496. (٣)

(٤) راجع الدكتور محمد زكى محمود ، آثار الجهل والغلط فى المسئولية الجنائية ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ ص ٤٥ — ٥٦ .

أما « الإرادة » إرادة الفعل أو السلوك ، باعتبارها القوة أو القدرة النفسية التي يستطيع بها الشخص أن يتحكم في سلوكه العضوى وأفعاله الحركية[1] ، فهي عبارة عن قدرة أو قوة لا يعيبها منطقياً إلا العوامل التي تصلح بطبيعتها لأن تؤثر فيها وتفتّ في فاعليتها ، أي العوامل التي من شأنها أن تجعل السلوك يصدر واقعياً عن الإنسان بدون أن يكون قد تحكم هو في إخراجه إلى حيز الوجود الواقعي بصفة ذاتية وفي حرية شخصية في الاختيار ، وهي تتمثل في القوة القاهرة والإكراه والحادث الفجائي[2] وكلها عوامل خارجية تسخر جسم الإنسان وتجعله كأداة في تحقيق السلوك أو الفعل أو تضيق إلى حد كبير من حريته في الاختيار إلى الدرجة التي يعتبر فيها كما لو كان أداة مادية . ومن ذلك تتبين أن الجهل والغلط حالتان نفسيتان لا تأثير مباشر لهما على الإرادة ، إرادة الفعل والسلوك لأن هذه الإرادة ليست في ذاتها بنشاط إدراكي أي ليست بمعرفة ، وعلى ذلك لا يعيبها إلا الإكراه أو القوة القاهرة التي تمثل في هذه الحالة عيوب إرادة السلوك . إلا أنه مع ذلك وجد من الفقهاء من ذهب إلى القول بأن توافر الجهل والغلط لدى الجاني يمكن أن يؤثر مباشرة في إرادته لفعله وسلوكه وبالتالي تنتفي تلك الإرادة ويعتبر ذلك الغلط عيباً من عيوبها تماماً كما يؤثر فيها الإكراه أو القوة القاهرة وبالتالي ينتفي في تلك الحالة الركن المعنوى للمسئولية الجنائية بكل صوره فيمتنع قيامها امتناعاً مطلقاً . ولكن هذا الاتجاه الفقهي لا يقوى على لحظة نطوله بها حيث إن الحالات التي واجهها هؤلاء الفقهاء كانت في الحقيقة حالات للجهل أو الغلط المانع من قيام المسئولية الجنائية بسبب نفيهما لنفس رابطة الارتكاب المادى التي يتمثل فيها الركن المادى لا المعنوى للمسئولية[3] .

(١) انظر جانيه Janet في مؤلفه Traité Elementaire de philosophie باريس ١٩٢٣ ص ٢٧٣ فولكي Foulquie في الإرادة La Volonté باريس ١٩٥١ ص ٢٣ وراجع أيضاً الانتباه الإرادى للدكتور أبو مدين شافعى ص ٥ و ٨٨ — ٩٠ .

(٢) رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ص ٨٠١ .

(٣) محمد زكى محمود ، المرجع السابق حيث يقول إن الجهل والغلط المانع للمسئولية يمكن في الواقع تنويعه إلى نوعين : الأول يمنع قيام المسئولية لأنه ينفى ركنها المادى ، والثانى يمنع قيامها لأنه ينفى ركنها المعنوى . ومثال النوع الأول جهل شخص يدخل المنطقة الجمركية بوجود ممنوعات معه يكون آخر قد دسها بين أمتعته على غير علم منه فإن جهله بواقعة الدس =

الغلط الجوهرى والغلط غير الجوهرى[1]

٧٤١ — الغلط الجوهرى يترتب عليه انتفاء القصد الجنائى في حين لا يترتب هذا الأثر على الغلط غير الجوهرى ، وبذلك يتضح أن القصد الجنائى لا ينتفى في كل حالات الغلط . ومعيار التمييز بين نوعى الغلط هو أهمية الواقعة التى انصب عليها ، فإن كان محل الغلط واقعة يتطلب القانون العلم بها كي يعد القصد الجنائى متوافراً ، كان هذا الغلط نافياً للقصد الجنائى ، وكان لذلك غلطاً جوهرياً ؛ أما إذا كان محل الغلط واقعة لا يتطلب القانون العلم بها حتى يتوافر القصد الجنائى عُدّ هذا الغلط غير جوهرى[2] . وعلى هذا النحو فإن القواعد التى ميزت بين الوقائع التى يعد العلم بها عنصراً لازماً لتوفر القصد الجنائى والوقائع التى لا يمثل العلم بها هذه الأهمية هى بعينها التى تميز بين الغلط الجوهرى والغلط غير الجوهرى . وتفسير ذلك أنه حيث يتوافر الغلط ينتفى العلم ، فإن تعلق الأمر بواقعة يتطلب القانون العلم بها انتفى القصد الجنائى بدوره ، وإن تعلق الأمر بواقعة لا يتطلب القانون العلم بها ظل القصد الجنائى ، على الرغم من ذلك ، متوافراً . وإذا كان الغلط الجوهرى ينفى القصد الجنائى ، فهو لا ينفى المسئولية الجنائية فى كل حالاته ، ذلك أن الغلط الجوهرى ينفى المسئولية العمدية . ولكنه قد لا ينفى المسئولية غير العمدية ، فإن كان الغلط ثمرة خطأ غير عمدى ، أى كان مرجعه إلى نزول عن القدر الذى يتطلبه القانون من الحيطة والحذر ، سئل مرتكب الفعل عن جريمة غير عمدية إذا توافرت كل شروطها ، أما إذا لم يكن الغلط ثمرة خطأ فلا مسئولية

= هذه واعتقاده الزائف بعدم وجود الأشياء الممنوعة فى حوزته يعتبر جهلا قهريا ومن ثم كانت حيازته غير إرادية بصدورها بناء على قوة قاهرة .

(١) إذا نظرنا إلى الحقيقة فى مجموعها أى إلى جميع الوقائع التى أتى الجانى فيها فعله ، وجدنا أن جهل الجانى ينطوى على غلط لأن اعتقاده انتفاء واقعة منها هو علم بهذه الوقائع على نحو يخالف الحقيقة . فالغلط فى الواقعة جهل بحقيقتها التى يتطلب القانون العلم بها ، والجهل بالواقعة غلط فى مجموعة الوقائع التى اقترنت بالفعل ، ومن ثم فإن إطلاقنا تعبير « الغلط » ينصرف إلى كل الحالات التى ينتفى فيها العلم بالحقيقة ، هذا فضلا من أن حكم الجهل فى نظر القانون كحكم الغلط — انظر محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق .

(٢) السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٧ ص ٣٨٧ .

على الإطلاق [1] . ومحل تطبيق هذه القاعدة أن يعاقب القانون على الفعل ونتيجته كجريمة عمدية وأن يعاقب عليها أيضاً كجريمة غير عمدية كالقتل والضرب أو الجرح ، أما إذا اقتصر عقاب القانون على وصف العمد كالسرقة والنصب ، فإن الغلط ينفى المسئولية الجنائية ولو كان ثمرة خطأ غير عمدى . فمن يطلق النار على شبح معتقداً أنه حيوان صيد وهو فى الحقيقة إنسان فيقتله لا يرتكب جريمة قتل عمدية ، ولكنه يسأل إذا ثبت خطؤه عن جريمة قتل غير عمدية . ولكن من يخلط بين الشىء المملوك له والشىء المملوك لغيره فيستولى على شىء الغير معتقداً أنه الشىء الذى يملكه لا يسأل عن سرقة ولو ثبت أن غلطه ثمرة تقصير فاحش . على أنه لا ينبغى أن نستخلص من ذلك أن الغلط الجوهرى ينفى القصد الجنائى فى جميع حالاته ، ويؤدى بذلك إلى استيعاب كل مسئولية عمدية ، فأثر الغلط محدود بالواقعة التى انصب عليها ، ولذلك لا يحول دون توافر القصد الجنائى بالنسبة للوقائع التى لم يتعلق بها . فإذا انصب الغلط على واقعة تعد ظرفاً مشدداً يغير من وصف الجريمة انتفى القصد الجنائى بالنسبة لهذه الواقعة وظلت المسئولية العمدية قائمة من أجل هذه الجريمة مجردة من الظرف المشدد ، كالخادم يسرق مال مخدومه معتقداً أنه ملك لغيره فيسأل عن سرقة مجردة من هذا الظرف المشدد [2] .

---

(١) André François : L'erreur en droit pénal, Quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, 1956, p. 228.

(٢) وإذا تعلق الغلط بموضوع الحق المعتدى عليه عد غلطاً جوهرياً وانتفى القصد الجنائى ، فإذا اعتقد من ارتكب فعلا من شأنه الاعتداء على الحياة أن فعله ينصب على جسد شخص ميت ثم تبين أنه كان لا يزال حيا وثبت أن وفاته ترجع إلى الفعل فإن القصد الجنائى يعد غير متوافر لديه ، وإذا قام الدليل على توافر الخطأ غير العمدى وقت اقتراف هذا الفعل سئل مرتكبه عن جريمة قتل غير عمدية . وإذا تعلق الغلط بخطورة الفعل على الحق الذى يحميه القانون عد غلطاً جوهرياً وانتفى القصد الجنائى : فمن ارتكب فعلا يعتقد أنه غير خطر على الحق ثم أحدث الفعل الاعتداء الذى يجرمه القانون عد القصد الجنائى منتفياً ، فإذا وضع شخص على جسد آخر مادة ملتهبة معتقداً أنها غير ذات خطر لا يسأل عن الجرح مسئولية عمدية وإن جاز عند إثبات خطئه أن يسأل مسئولية غير عمدية . وتصدق القاعدة نفسها إذا تعلق الغلط بمكان ارتكاب الفعل أو بزمانه فى جريمة يتطلب القانون فيها وقوع الفعل فى مكان معين أو فى زمان معين حتى يكون جديراً بالتجريم ، أما إذا كان الشارع يضع نص التجريم دون أن يعير مكان الفعل أو زمانه أهمية قانونية عد الغلط فيهما غلطاً غير جوهرى . ولا يختلف حكم القانون إذا كان محل الغلط هو الصفات التى يتطلبها القانون فى الجانى أو فى المجنى عليه معتبراً توافرها ركنا تقوم به الجريمة ، —

الغلط فى النتيجة

٧٤٢ — إذا توقع الجانى نتيجة غير التى تحققت ، فإن الغلط يكون جوهرياً إذا اختلفت النتيجتان — النتيجة المتوقعة والنتيجة الفعلية — فى قيمتهما القانونية ، أما إذا تساوت قيمتهما فى نظر القانون كان الغلط غير جوهرى . وتتساوى النتيجتان فى قيمتهما إذا اتحد حكمهما القانونى وتختلفان إذا ميز القانون بينهما فى الحكم . وأظهر حالة تختلف فيها قيمة النتيجتين حالة ما إذا كانت إحداهما مشروعة والأخرى غير مشروعة ، أن يتوقع الجانى أن تكون نتيجة فعله هى إصابة حيوان صيد فيؤدى الفعل إلى وفاة إنسان ، فى هذه الحالة ينتفى القصد الجنائى . وتختلف النتيجتان فى قيمتهما إذ اتحدتا فى الصفة غير المشروعة ولكن اختلفتا فى نوع الجريمة التى تقوم على كل منهما ، فإذا توقع الجانى أن تكون نتيجة فعله هى قتل حيوان مملوك للغير فإذا بالنتيجة التى تتحقق هى وفاة إنسان فإن القصد الجنائى فى جريمة القتل يعد منتفياً ؛ وتقتصر مسئوليته على القتل غير العمد . وغنى عن البيان أن ذلك لا يحول دون أن تتعدد جرائمه فيسأل عن شروع فى قتل الحيوان إن لم يصبه أو عن قتل تام إن قضى عليه [1] .

— إذ يكون الغلط جوهرياً ، حالة أنه يغدو غير جوهرى إذا تعلق بصفات لا يجعل القانون لها دوراً فى بناء أركان الجريمة . وإذا كان محل الغلط هو توقع النتيجة فأتى الجانى فعله غير متوقع النتيجة التى يعاقب القانون عليها فلا يسأل عند حدوثها مسئولية عمدية وإن ساغ أن تتوافر أركان الجريمة غير العمدية . وإذا انصب الغلط على واقعة تعد ظرفاً مشدداً يغير من وصف الجريمة كان الغلط جوهرياً بالنسبة للظرف المشدد واقتصرت المسئولية على الجريمة غير المشددة . ويكون الغلط غير جوهرى إذا كان محله شرطاً موضوعياً للعقاب أو عنصراً من عناصر الأهلية الجنائية أو ظرفاً مشدداً لا يغير من وصف الجريمة أو ظرفاً مشدداً يتوقف على درجة جسامة النتيجة .

(١) تضمنت المادة ٨٣ من قانون العقوبات الإيطالى الصادر عام ١٩٣٠ حكم الغلط فى النتيجة الإجرامية فقضت بأنه « فى غير الأحوال السابقة فإنه إذا تحققت نتيجة مغايرة لتلك التى كانت مقصودة وكان ذلك بسبب غلط فى استعمال الوسائل التنفيذية فى الجريمة أو لأى سبب آخر فإن الجانى يسأل من تلك النتيجة غير المقصودة بوصف أنها من جرائم الخطأ إذا كان المشرع قد عاقب عليها بهذا الوصف . أما إذا كان الجانى قد حقق أيضاً النتيجة المقصودة فتطبق فى هذه الحالة أحكام التعدد » . والحكم الذى تضمنته هذه المادة يسرى عندنا وإن كان المشرع المصرى لم يضمنه نصاً من نصوصه التشريعية لعدم تعارضه مع أحكام تلك النصوص .

الغلط فى موضوع النتيجة

٧٤٣ – الغلط فى موضوع النتيجة **Error in objecto** هو الخلط[1] بين موضوعين كل منهما صالح لأن تتحقق فيه النتيجة التى يعاقب القانون عليها وإصابة الجانى أحدهما معتقداً أنه الآخر . فالإرادة قد اتجهت إلى تحقيق نتيجة معينة فى موضوع معين ، وأدى فعل الجانى إلى إحداث النتيجة عينها فى موضوع آخر وهو يعتقد أنه الموضوع الذى يعنيه . فالقاتل يريد إزهاق روح شخص معين فيأتى فعله فيترتب عليه إزهاق روح شخص آخر معتقداً أن هذا الأخير هو من يقصد قتله ، والسارق يريد الاستيلاء على شيء معين ولكن فعل الاختلاس يقع على شيء آخر وهو يعتقد أن هذا الشيء هو ما كان يريد الاستيلاء عليه . هذا الغلط غير جوهرى لأنه انصب على واقعة لا يتطلب القانون العلم بها ، إذ أن تحقق النتيجة فى موضوع معين لا يعد من عناصر الجريمة ، فالنتيجة لها عين القيمة القانونية أياً كان موضوعها لأن الشارع يحددها تحديداً مجرداً ، ويرى فيها مجرد الاعتداء على الحق ، وللحق موضوعات متعددة بتعدد الحالات التى يثبت فيها وجوده ، والقانون يعنيه الاعتداء مجرداً ولا يعنيه الموضوع الذى تصادف تحققه فيه . فالشارع يحمى الحق فى الحياة ، ويقدر جدارة كل حى بهذا الحق ، فيعاقب على الاعتداء أياً كان الشخص الذى ناله ، ويستوى لديه كون المجنى عليه شخصاً معيناً أو كونه شخصاً آخر . والشارع يحمى حق الملكية ، ويقرر له عين الحماية ، أياً كان موضوعه وأياً كان صاحبه . فإذا نظرنا إلى النتيجة محددة فى هذا المعنى المجرد لم نجد غلطاً تعلق بها وإنما وجدنا الغلط قد تعلق بموضوعها ، وهو واقعة غير ذات قيمة فى نظر القانون[2] .

(١) يطلق على هذا الغلط فى العادة تعبير « الغلط فى الشخص **Error in persona** » وقد آثر الدكتور نجيب حسنى ، ونحن معه ، تجنب هذا التعبير لأن دلالته مقصورة على الحالات التى يكون موضوع الجريمة فيها شخصا كالقتل والضرب أو الجرح ، ولا يتسع للحالات التى يكون موضوع الجريمة فيها شيئاً كالسرقة والنصب والإتلاف – انظر مقاله السابق .

(٢) يجمع الفقه والقضاء على أن الغلط فى موضوع النتيجة لا ينفى القصد الجنائى – السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٧ ص ٣٨٩ – على بدوى ، الأحكام العامة فى القانون الجنائى ١٩٣٨ جـ ١ ص ٣٥٠ – محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٥٥ ص ٢٩٤ – على راشد ، المرجع السابق ص ٦٢٩ – وانظر =

٧٤٤ – ولكن يدق الأمر فى حالات نادرة يكون فيها لموضوع النتيجة قيمة فى ذاته بحيث لا تستوى نتيجة تحققت فيه وأخرى تحققت فى غيره ، والقانون المصرى يرى فى وقوع السرقة من الخادم إضراراً بالمخدوم ظرفاً مشدداً لعقابها ، فهل يشدد عقاب من أراد اختلاس شيء يعتقد أنه ملك لمخدومه فإذا به يستولى على شيء يشبهه مملوك لغير مخدومه ، وهل يختلف الحكم إذا أراد الخادم اختلاس شيء يعتقـد أنه مملوك لغير مخدومه فإذا به ملك لمخدومه ؟ إذا أراد الجانى تحقيق النتيجة فى موضوع لا يعد تحققها فيه سببا لتشديد العقاب فتحققت فى موضوع يعد تحققها فيه سبباً للتشديد اقتصرت مسئوليته على الجريمة غير المشددة ، فالأمر يتعلق بغلط ينصب على ظرف مشدد يغير من وصف الجريمة ، والقاعدة أن المسئولية عن مثل هذه الظروف تتطلب العلم بالواقعة التى يقوم عليها التشديد[1] ، أما إذا أراد الجانى تحقيق النتيجة فى موضوع يعد تحققها فيه سبباً لتشديد العقاب فتحققت فى موضوع لا يعد تحققها فيه سبباً للتشديد ، كالخادم يريد أن يرتكب السرقة إضراراً بمخدومه فيستولى على شيء مملوك للغير وهو يعتقد أنه ملك لمخدومه ، فإن تحديد حكم القانون فيها يثير بعض الصعوبات . وأعتقد أن الرأى الصحيح هو أن الجانى يسأل عن شروع فى الجريمة ذات العقوبة المشددة ويسأل فى الوقت نفسه عن الجريمة التامة غير المشددة ، وتتعدد الجريمتان تعدداً معنوياً ، فلا توقع سوى أشد العقوبتين[2] . وتبرير هذا القول أن الجانى قد توافر لديه القصد الجنائى الذى يتطلبه القانون فى الجريمة المشددة ثم أتى أفعال البدء فى التنفيذ ولم يستطع لأسباب لا دخل لإرادته فيها أن يحقق النتيجة المعاقب عليها فى هذه الجريمة ، وبذلك تكون كل أركان الشروع فى هذه الجريمة متوافرة ؛

= نقض ١٨ مايو ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ ص ٦٦٤ و ١٨ فبراير ١٩٤٦ جـ ٧ ص ٧٦ .

(١) ويقرر القانون الإيطالى هذا الحكم صراحة فى المادة ٦٠ / ١ التى تقضى بأنه فى حالة الغلط فى الشخص المجنى عليه فى الجريمة لا توضع على عاتق الفاعل الظروف المشددة التى ترجع إلى أحوال أو صفات الشخص الذى ناله الاعتداء فعلا أو إلى العلاقات بينه وبين الجانى .

(٢) من هذا الرأى الدكتور محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق . وانظر
Garçon : Code pénal annoté, Tome II, 1956, art. 399 p. 21.

وبالإضافة إلى ذلك فقد ارتكب الجانى الجريمة غير المشددة تامة ، إذ حقق كل عناصر ركنها المادى وتوافر لديه القصد الجنائى المتطلب لقيامها . ولا يلحض هذا القول أن نلاحظ أن الجانى لم يتوافر لديه غير قصد جنائى واحد هو المتطلب فى الجريمة المشددة ، فالحق إن القصد الجنائى الذى توافر لديه يشمل الجريمتين ، إذ أنهما تشتركان فى الوقائع التى تقومان عليها ولا تختلفان إلا بالنسبة للواقعة التى يقوم عليها الظرف المشدد ، إذ تتوافر فى إحدى الجريمتين ولا تتوافر فى الأخرى . والقصد الجنائى باعتباره «علم وإرادة» قد شمل وقائع الجريمة الأشد ، فهو يشمل حتما وقائع الجريمة غير المشددة . ولا تحول قواعد القانون دون أن يشمل القصد الجنائى جريمتين تشتركان فى بعض أركانهما بحيث يسأل الجانى عنهما معاً ، فالقصد الجنائى يتعدد فى نظر القانون إذا تعددت الوقائع التى ينصب عليها وقامت على بعضها جريمة وعلى البعض الآخر جريمة ثانية ، إذا ارتكب شخص شروعاً فى قتل وترتب على فعله إصابة المجنى عليه بجراح ستل عن جريمتين : الشروع فى القتل والضرب أو الجرح ، ووقعت عليه أشد العقوبتين ، فى هذا المثال امتد القصد الجنائى فشمل الجريمتين وقامت عليه مسئولية الجانى عنهما ، وبذلك يكون القول بالمسئولية عن الشروع فى الجريمة المشددة إلى جانب المسئولية عن الجريمة غير المشددة قولا مستنداً إلى تطبيق صحيح لقواعد القانون(١) .

---

(١) وهذه الصورة بطبيعة الحال غير صورة الخطأ فى توجيه الفعل إذ أنهما وإن اشتركتا فى تحقق النتيجة فيهما فى موضوع غير الذى أراده الجانى إلا أنهما يختلفان فى أن الخطأ فى توجيه الفعل لا يفترض غلطاً لأن الجانى لم يخلط بين موضوعين ولم يصب أحدهما معتقداً أنه الآخر وإنما وجه فعله إلى الموضوع الذى يريد تحقيق النتيجة فيه فأخطأه وأصاب غيره . والراجح فقها وقضاء عندنا وفى فرنسا هو أن خطأ الجانى فى توجيه فعله لا يغير شيئا من الأحكام التى تخضع لها جريمة الجانى فيسأل عن جريمة عمدية تامة هى التى تحققت بالفعل . والتبرير السليم الذى يعتمد عليه هذا الرأى هو القول بأن القصد الجنائى يعتبر متحققا بتوقع النتيجة وإرادتها ، ويحدد الشارع النتيجة تحديداً مجرداً ولا يعنيه الموضوع الذى تتحقق فيه . وفى حالات الخطأ فى توجيه الفعل أراد الجانى النتيجة التى يحددها القانون التحديد المجرد وهو ما يوفر القصد الجنائى لديه إذ ليس من عناصره اتجاه الإرادة إلى تحقيق النتيجة فى موضوع معين ، فالقاتل يريد أن يزهق روح شخص معين فيطلق عليه النار فلا يصيبه وإنما يصيب شخصا آخر يتصادف مروره . وقد ذهب البعض فى تبرير هذا الرأى إلى أنه تطبيق لنظرية القصد —

الغلط فى علاقة السببية

٧٤٥ — يتطلب القصد الجنائى توقع علاقة السببية ، فالجانى إذ يتوقع نتيجة فعله فهو يتوقع كيفية تحققها . وتوقع علاقة السببية يعنى توقع الآثار المباشرة للفعل التى تزداد جسامتها تدريجياً حتى تفضى إلى تحقق النتيجة . وتطلب هذا العنصر يثير صعوبات مرجعها أن ما يتوقعه الجانى لا يحدث بحذافيره ، إذ أن الواقع يخيب توقعه فى حدود معينة بحيث يتضح الاختلاف بين كيفية التسلسل السببى كما توقعه وكيفيته كما تحقق فعلا . وإذا خاب توقع الجانى على هذا النحو تحقق الغلط فى علاقة السببية ، فهل يعد غلطاً جوهرياً بحيث ينتفى القصد الجنائى أو يعد غلطاً غير جوهرى فيظل القصد الجنائى متوافراً(١) .

— الاحتمالى — جارسون ، المرجع السابق م ٢٩٥ رقم ٥٦ ونقض ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١٢٦ وذهب البعض الآخر إلى تبريره على أساس فكرة القصد غير المحدد — على بدوى — المرجع السابق ص ٣٦٠ . وفى تفصيل هذه الآراء ونقدها ، انظر السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٣٩١ — على راشد ، مبادىء القانون الجنائى ١٩٥٠ ص ٦٣١ . ولكن يعيب هذا الرأى أنه يصرف النظر عن الموضوع الذى أراد الجانى أن يحقق النتيجة فيه ويقصر بحثه على الموضوع الذى تحققت فيه النتيجة فعلا على الرغم من أن الجانى وجه إرادته إلى الاعتداء على الموضوع الأول وأتى فى هذا السبيل أفعال التنفيذ . ونعتقد أن الرأى الصحيح هو القول بمسئولية الجانى عن شروع فى جريمة بالنسبة للموضوع الذى أراد إصابته ولم يصبه وعن جريمة عمدية تامة بالنسبة للموضوع الذى أصابه وتتعدد الجريمتان تعدداً معنوياً بحيث لا توقع على الجانى غير أشد العقوبتين ، ذلك أنه بالنسبة للموضوع الأول فقد توافرت أركان الجريمة العمدية التامة إذ القصد الجنائى الذى توافر لدى الجانى قد امتد فشمل النتيجة التى تحققت فى هذا الموضوع باعتبار أن محله هو النتيجة محددة تحديداً مجرداً وقد حقق الجانى بفعله كل عناصر الركن المادى للجريمة . وقد مر بنا أنه ليس فى قواعد القانون ما يحول دون أن يشمل القصد الجنائى جريمتين تشتركان فى كل أركانهما ، ، وإن كان ثمة خطأ فى حالتنا تلك فمحله موضوع النتيجة وهو لا يحول دون توافر القصد الجنائى بالنسبة للنتيجة ذاتها ، وشأن الجانى هنا شأن من يطلق النار على غريمه فيقتله ثم يصيب المقذوف ذاته شخصا آخر فيقتله إذ يسأل عن جريمتين عمديتين ، فينبغى ألا تختزل مسئوليته على نحو مطلق إن لم يصب الموضوع الأول بل يتعين أن تقتصر وفقاً للقواعد العامة على الشروع فى الاعتداء عليه . ولا يثير هذا الرأى صعوبة إذا توافر ظرف مشدد بالنسبة للموضوع الذى لم يصبه الجانى بفعله كمن يريد قتل جريح حرب فيطلق عليه النار فيخطئه ويقتل آخر ينحسر عنه سبب التشديد إذ يسأل عن شروع فى الجريمة المشددة وعن الجريمة التامة غير المشددة وتوقع عليه أشد العقوبتين — يوافق على هذا الرأى جارسون م ٢٩٥ ، ٢٩٩ رقم ٢١ و ٥٧ والدكتور نجيب حسنى فى مقاله السابق .

(١) ذهب رأى إلى أن الغلط فى علاقة السببية هو غلط غير جوهرى فى كل الأحوال —

٧٤٦ – يذهب الرأى الراجح إلى التميز بين نوعين من الغلط فى علاقة السببية : الغلط الجوهرى والغلط غير الجوهرى ، وبديهى أن يتطلب هذا التميز معياراً يقوم عليه . ولكن صياغة هذا المعيار أثارت خلافاً فى الفقه ففريق اتجه وجهة شخصية وآخر اتخذ مذهباً موضوعياً . فأتباع المذهب الشخصى يقولون باعتبار الغلط جوهرياً إذا كانت الكيفية التى توقع الجانى أن تتحقق بها النتيجة باعثاً حمله على السعى لإحداثها . ويفضل بعض أتباع المذهب الشخصى صيغة أخرى ، فيقولون بأنه لكى نحدد ما إذا كان الغلط جوهريا أو غير جوهرى نضع السؤال الآتى : هل كان تصور الكيفية التى تحققت بها النتيجة فعلا – وهى غير التى توقعها الجانى – من شأنه أن يحول بين الجانى وبين الإقدام على مشروعه الإجرامى ؟ فإن كانت الإجابة إثباتاً كان الغلط جوهرياً وإن كانت نفياً كان الغلط غير جوهرى . ويعيب

= قولا إن علاقة السببية ليست من عناصر الجريمة التى يجب أن يحيط بها علم الجانى بل هى مجموعة من الوقائع خارجة عن تكوين الجريمة وحسبنا بأن الجانى فعله فهو يتوقع النتيجة ولكنه فى الأغلب الأعم من الحالات لا يتوقع ولا يدور بخلده كيفية تحققها ، وإن توقع ذلك فلا يعيره اهتماما . ويهدم هذا الرأى كون علاقة السببية أهم عنصر من عناصر الركن المادى للجريمة إذ هى الرابطة التى تصل بين الفعل والنتيجة وتجعل من الثانية أثراً للأول وبدونها تنعدم كل صلة بين مرتكب الفعل والنتيجة ولا يكون ثمة وجه لمسئوليته عنها . ويسلم رأى آخر بأن علاقة السببية عنصر من أهم عناصر الجريمة ، ويذهب مع ذلك إلى أن الغلط فيها لا ينفى القصد الجنائى إذ يكفى لتوافره توقع النتيجة دون حاجة لتوقع كيفية تحققها ، ويضيف إلى ذلك أن الغلط فى علاقة السببية هو الوضع الغالب فى الجرائم العمدية بحيث يندر أن ترتكب جريمة ويكون التسلسل السببى فيها مطابقاً لما توقعه الجانى فإذا اعتبرنا هذا الغلط جوهرياً كانت الحالات التى نقول فيها بتوافر القصد الجنائى نادرة ومثل هذا الوضع لا يكفل للمجتمع الحماية الكافية . فإذا أراد شخص أن يقتل آخر عن طريق عدد معين من جرعات السم ولكن الوفاة حدثت نتيجة لجرعة واحدة ، هل نقضى بعدم توافر القصد الجنائى للغلط فى علاقة السببية ؟ ويعيب هذا الرأى كونه قائماً على تناقض : فالتسليم بأن علاقة السببية عنصر من عناصر الجريمة يقتضى التسليم بوجوب العلم بها كى يتوافر القصد الجنائى ويقتضى الاعتراف للغلط فيها بتأثيره على القصد الجنائى . أما القول بأن الاعتداد بالغلط فى علاقة السببية يؤدى إلى انتفاء القصد فى حالات كثيرة فيرد عليه بأن المنطق القانونى السليم لا يقتضى اعتبار هذا النوع من الغلط جوهريا فى كل حالاته بل إنه يتطلب أن يكون الاعتداد به مقصوراً على بعض الحالات دون البعض ، والفصل فى هذا الأمر يستلزم ضابطاً يميز بين الحالات التى يعتد فيها بهذا الغلط والحالات التى لا يعتد به فيها – انظر محمود نجيب حسنى فى المقال السابق والمراجع التى أشار إليها فيه .

المذهب الشخصى أنه يُقحم البواعث – وهى عوامل تتصل بالإرادة وهى منها بمثابة القوة الدافعة – فى مسألة تتعلق بالعلم المجرد وهو حالة ذهنية مستقلة عن البواعث ، بعبارة أخرى إن البحث يدور حول مقدار علم الجانى بالوقائع ويتجه إلى تحديد ما إذا كان العلم كافياً لتوافر القصد الجنائى أو غير كاف ، فلا شأن للإرادة وللبواعث التى تدفعه فى ذلك ، والعلم إن صلح محركاً للبواعث فهو يكتمل وتتوافر عناصره دون أن يكون للبواعث دخل فى ذلك .

٧٤٧ – ونحن نعتنق الرأى الذى يقول به أنصار المذهب الموضوعى . فالغلط يكون جوهرياً إذا كان الاختلاف بين التسلسل السببى الذى توقعه الجانى والتسلسل الذى تحقق فعلا يمثل أهمية قانونية ، وتتبين هذه الأهمية بتطبيق قواعد القانون على الوقائع التى يتكون منها التسلسل السببى الذى توقعه الجانى ثم على الوقائع التى يتكون منها التسلسل السببى الذى تحقق فعلا ثم بتحديد الفرق بين النتائج التى يؤدى إليها تطبيق قواعد القانون على النوعين السابقين من الوقائع . فإذا كان الشارع يتطلب حدوث النتيجة عن طريق تسلسل سببى معين أو يعلق على حدوثها عن طريق هذا التسلسل السببى أهمية خاصة ويقرر للجريمة فى هذه الحالة أهمية خاصة كان الغلط جوهرياً . أما إذا لم يكن للاختلاف بين التسلسل السببى المتوقع والتسلسل السببى الذى تحقق قيمة فى نظر القانون لأنه يستوى لديه حدوث النتيجة عن طريق أى نوع من التسلسل السببى ، اعتبر الغلط غير جوهرى وسئل الجانى عن النتيجة التى حدثت بكيفية لم يتوقعها كما كان يسأل عنها لو حدثت بالكيفية التى توقعها . ولذلك يكون من المتعين فى كل جريمة معرفة خطة الشارع فيها ، ومدى اهتمامه بالوسائل التى قد تتحقق عن طريقها النتيجة المعاقب عليها . فإذا تصورنا شخصاً أطلق النار على غريمه الذى يقف على حافة سطح بناء متوقعاً أن يصيبه الرصاص إصابة مميتة تقضى عليه ، ولكنه أصيب إصابة بسيطة أدت مع ذلك إلى اختلال توازنه وسقوطه من السطح وارتطامه بالأرض ووفاته ، فإن مثل هذا الغلط يعد غير جوهرى لأن الشارع لا يتطلب فى جريمة القتل أن تكون وفاة المجنى عليه قد حدثت عن طريق وسيلة معينة أو عن طريق تسلسل سببى معين ، فتعد كل عناصر القصد الجنائى متوافرة ويسأل عن قتل عمد . أما إذا اتهم شخص بجريمة يتطلب القانون فيها أن تتحقق النتيجة

عن طريق تسلسل سببي معين ، فإن غلط الجاني يكون جوهرياً إذا توقع أن تحدث عن طريق تسلسل سببي غير الذى ينص عليه القانون . فالشارع يتطلب فى جريمة النصب أن تكون النتيجة ، وهى تسليم المجنى عليه ماله للجانى ، قد تحققت عن طريق إحدى وسائل تدليس ثلاث يحددها على سبيل الحصر ، وهى استعمال طرق احتيالية واتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة والتصرف فى مال ليس ملكاً للجانى ولا له حق التصرف فيه . فإذا اتخذ شخص لنفسه اسماً كاذباً دون أن يتوقع أن يكون لهذا الاسم تأثير على أحد وتقدم به للمجنى عليه محاولا عن طريق الأقوال الكاذبة المجردة عن كل ما يدعمها (وهى وسيلة لا يعاقب القانون عليها) أن يخدعه ويحمله على تسليم ماله ، فسلمه المال تحت تأثير الاسم الكاذب معتقداً صلته بشخص يثق فيه ، فإن هذا الغلط الذى تمثل فى اعتقاد الجانى تحقق النتيجة عن طريق وسيلة لا يعاقب القانون عليها يعد غلطاً جوهرياً وينفى القصد الجنائى[1] .

الغلط فى أسباب الإباحة

٧٤٨ — أسباب الإباحة تزيل عن الفعل صفته غير المشروعة[2] ، وهى

(١) ويعتنق الدكتور محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق هذا النظر ويذهب إلى أن هذه القاعدة هى التى تميز بين الغلط الجوهرى فى علاقة السببية والغلط غير الجوهرى فيها التمييز القانونى الصحيح وهو يضرب المثال الوارد فى المتن توضيحاً لرأيه ذاك .

(٢) فسبب الإباحة يمحو الفعل فيجعله كأن لم يكن فلا يعتبر بالتالى جريمة أو حتى فعلا ضاراً وهو بذلك يختلف عن مانع المسئولية الذى يحول فقط دون تطبيق النص الجنائى على من قام به السبب المانع ولكنه لا يمحو الفعل ولا يمنع ترتيب نتائج أخرى . ويبنى على هذا أن الشريك فى أمر مباح لا يعد شريكاً فى جريمة (مع ملاحظة أسباب الإباحة النسبية أو الشخصية) ، بينما يسأل شريك عدم الأهلية لأن عدم الأهلية سبب شخصى لا يؤثر على الغير من يقوم به . وتمنع الإباحة من تطبيق أى تدبير وقائى بينما لا يحول دون ذلك قيام عارض من عوارض الأهلية (راجع المادة ٣٤٢ إجراءات جنائية) . ومع قيام سبب الإباحة لا تترتب على الفعل أية مسئولية ، فلا يسأل الفاعل أو شريكه عن تعويض الأضرار المترتبة على الفعل (راجع على سبيل المثال المادتين ٤ و ١٦٦ من القانون المدنى) . وقد يقضى بالتعويض على الفاعل — إذا كان مميزاً أو كان غير مميز ولم يكن هناك مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول — فى حالة قيام مانع المسئولية لأنه لا يمحو الفعل ولا نتائجه الضارة فيبقى باب المسئولية المدنية مفتوحاً (تراجع المادة ١٦٤ مدنى) ، وقد يقضى بالتعويض على من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة من وقع منه العمل الضار ولو كان غير مميز (المادة ١٧٣ مدنى) .

=

تفترض ارتكابه فى ظروف خاصة ، أى تفترض أنه قد أحاطت به وقائع لا تحيط بمثله فى العادة ويقرر القانون سبب الإباحة بالنظر لهذه الظروف التى تجرد الفعل من خطورته على المجتمع . وللغلط فى الإباحة صورتان : صورة يعتقد فيها مرتكب الفعل أن القانون يقرر له سبب إباحة معيناً والحقيقة أن القانون لا يعرف مثل هذا السبب للإباحة ، كالقاتل يعتقد أن القانون يعتبر رضاء المجنى عليه سبباً لإباحة فعله ، وصورة يعتقد فيها مرتكب الفعل توافر الوقائع التى يقوم سبب الإباحة بالنظر إليها كمن يتوهم خطراً فيأتى أفعالا يدفعه بها ، أما الصورة الأولى فليس هنا موضع الكلام عنها لأنها نوع من الغلط فى القانون ، ولذلك نقتصر فى هذا الموضع على الصورة الثانية إذ هى نوع من الغلط فى الوقائع .

٧٤٩ — إذا اعتقد شخص — على خلاف الحقيقة — أن خطراً يتهدده بقتل من ظن أنه مصدر هذا الخطر ، أو اعتقد الموظف العام أن أمراً صحيحاً صدر إليه من رئيس تجب طاعته بتفتيش مسكن أو بالقبض على شخص فأتى فعل التفتيش أو القبض والحقيقة أنه لم يصدر أمر أو صدر الأمر باطلا ، هل يعد هذا الغلط جوهرياً فينفى القصد الجنائى أو يعد غير جوهرى فيظل القصد الجنائى على الرغم منه متوافراً ؟ إن الوقائع التى يقوم عليها سبب الإباحة عناصر سلبية للجريمة ، بمعنى أنه يجب التثبت من انتفائها كى يتحقق للجريمة وجودها ، وعلى هــذا النحو فإن توافر الوقائع التى تقوم عليها الجريمة يعادل — من حيث الأثر القانونى — انتفاء الوقائع التى يقوم عليها سبب الإباحة لأن وجود الجريمة يتطلب الأمرين معاً[1] . وإذا كان للعلم

= ويشتمل قانون العقوبات على نصوص تبيح الجريمة **Normes permissives** ويقوم التناسق بينها وبين نصوص التجريم التى تحقق هدفاً معيناً وتحول نصوص الإباحة دون تطبيقها إن ارتكبت الجريمة فى ظروف لا يتحقق معها الهدف المقصود من التطبيق — راجع محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٩ ص ١٢٧ بند ٨٢ .

(١) يعبر متسجر **Mezger** عن هذه الحقيقة بقوله إن كل نص تجريم يتضمن قيوداً تحد من نطاق التجريم ولا ينص عليها صراحة ولكنها مستفادة من سياق النصوص فإن توافرت القيود تعطل التجريم وزالت الصفة غير المشروعة للفعل — راجع محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق .

بالنوع الأول من الوقائع دوره فى بناء القصد الجنائى فإن العلم بالنوع الثانى يجب أن يكون له دوره أيضاً . وإذا كان العلم بتوافر النوع الأول من الوقائع عنصراً متطلباً لتوافر القصد الجنائى فإن العلم بانتفاء النوع الثانى من الوقائع هو بدوره عنصر متطلب لتوافر القصد الجنائى ، وكما يؤدى الاعتقاد بانتفاء النوع الأول من الوقائع إلى عدم توافر القصد الجنائى فكذلك يؤدى الاعتقاد بتوافر النوع الثانى إلى انتفاء القصد الجنائى . فإذا سلمنا بصحة هذه المقدمات استخلصنا حتماً القاعدة التالية : الغلط فى الإباحة ينفى القصد الجنائى(1) .

٧٥٠ — وتطبق القاعدة السابقة سواء أقام الغلط على خطأ أم تجرد من كل خطأ ، فالقصد الجنائى ينتفى ولو استند الاعتقاد بتوافر سبب الإباحة إلى خطأ ، ولكن تقوم المسئولية غير العمدية على أساس هذا الخطأ إذا كان القانون يجرم الوقائع عينها باعتبارها جريمة غير عمدية . فالغلط الجوهرى لا ينفى الخطأ فى كل الحالات ولكنه ينفى القصد الجنائى فى جميع الحالات . وتطبيقاً لذلك ، فإذا اعتقد شخص ، على خلاف الحقيقة ، أن خطراً يهدده فقتل من ظن أنه مصدر ذلك الخطر وثبت أنه كان فى استطاعة شخص متوسط الحيطة والحذر أن يدرك حقيقة الواقع فلا يأتى فعل القتل فإنه لا يسأل عن جريمة عمدية ولكن يسأل عن جريمة غير عمدية ، وهذا الرأى يتفق مع طبيعة القصد الجنائى الذى يتطلب علماً بالواقع ويفترض إرادة متجهة ،

(١) الفقه والقضاء فى مصر مستقران على الاعتداد بالخطر الوهمى فى حالة الدفاع الشرعى — القللى ، المسئولية الجنائية ص ٣٢٣ — السعيد مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٠٠ — على راشد ، المرجع السابق ص ٤٦٩ — محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٢٩ بند ١٦٣ — وانظر نقض ١٦ فبراير ١٩٥٩ س ١٠ ص ٩٨ ونقض ٥ ديسمبر ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٢١٤ . ويذهب بعض الفقهاء ، ولا نقرهم على مذهبهم ، إلى عدم الاعتداد بالخطر الوهمى — أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات الأهلى ص ٣٨٦ — جندى عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٥٢٧ . ونسترعى النظر إلى أن الاعتداد بالخطر الوهمى لم يعتبر فى رأى الفقه والقضاء تطبيقاً لنظرية الغلط فى الإباحة بل سوى بينه وبين الخطر الحقيقى واعتبر مثله أساساً لقيام حالة الدفاع الشرعى بكل آثارها القانونية ولم يخالف هذا الرأى غير الدكتور محمود مصطفى الذى اعتد بالخطأ الوهمى (ويسميه الخطأ التصورى) بحسبانه تطبيقاً للغلط فى الإباحة — المرجع السابق نفس الموضع .

وهى على بينة من الأمر ، إلى الاعتداء على الحق الذى يحميه القانون ، فلا يمكن أن يتوافر هذا القصد لدى شخص جهل الواقع واعتقد أنه فى وضع يسمح له فيه القانون أن يأتى ما نسب إليه(1) .

٧٥١ — وينفى الغلط فى الإباحة القصد الجنائى ولو تعلق بواقعة يقوم عليها أحد شروط سبب من أسباب الإباحة . فإذا توافرت الوقائع التى تقوم عليها شروط سبب الإباحة فيما عدا شرطاً منها لم تتوافر له الواقعة التى يقوم عليها واعتقد مرتكب الفعل توافر هذه الواقعة انتفى القصد الجنائى . فإذا توافرت الشروط المتطلبة لكى يكون عمل الطبيب مباحاً فيما عدا الشرط الخاص برضاء المريض ، ولكن الطبيب اعتقد توافره فإن القصد الجنائى لا يعد متوافراً لديه .

٧٥٢ — ولم يضع الشارع المصرى نصاً يقرر القواعد السابقة صراحة ولكنه أشار إلى الغلط فى الإباحة فى حالتين جزئيتين وقرر لهما الأحكام السابقة : الحالة الأولى تتعلق بالموظف العام إذا كان فعله غير قانونى وثبت حسن نيته (المادة ٦٣ من قانون العقوبات) والحالة الثانية خاصة بالخطر الوهمى فى حالة الدفاع الشرعى (المادتان ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات) وعلى أساس من هاتين الحالتين تستطيع أن نقيم بنيان نظرية الغلط فى الإباحة لأن أحكامهما تعبر عن اتجاه عام للشارع(2) ، ويتسق كل الاتساق مع

(١) لا يعترف الشارع الجنائى بأن الخطأ غير العمدى مهما بلغت جسامته يمكن أن يرقى إلى مرتبة القصد الجنائى ، وقد يتبادر إلى الذهن أن المادة ٦٣ عقوبات تتعارض مع هذا النظر حين لا تكتفى ، بالنسبة للموظف العام ، بثبوت حسن نيته وإنما تتطلب أيضاً « أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة » ، فقد يقال إنه لا يكفى حتى لا تتوافر أركان جريمة الموظف العام أن يثبت حسن نيته وإنما يتعين كذلك أن يثبت البحث والتحرى وقيام الاعتقاد بمشروعية الفعل على أسباب معقولة . والواقع أن شرط حسن النية يكفى توافره لانتفاء القصد الجنائى وإن كانه لا يكفى لانتفاء المسئولية الجنائية على الإطلاق ، أما إذا توافر الشرط الثانى أيضاً انتفت المسئولية الجنائية عمدية وغير عمدية ، والقول بغير ذلك يتعارض مع طبيعة القصد الجنائى ويجعله متوافراً رغم انتفاء عنصره الأساسى وهو « العلم » — محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق . وانظر ما سيجيء عن حسن النية والقصد الجنائى فى المبحث العاشر .

(٢) محمود مصطفى ، المرجع السابق حيث يرى أن القضاء المصرى قد اعترف بنظرية الغلط فى الإباحة ويدلل على ذلك بحكم محكمة النقض الصادر فى ١١ نوفمبر ١٩٤٦ ، =

المبادئ الأساسية فى القصد الجنائى ، ليكون التوسع فى تفسيرها بحيث تشمل كل حالات المسئولية العمدية مطابقاً لقواعد التفسير التى لا تأبى التوسع حيث لا يتعلق الأمر بنصوص التجريم والعقاب . ولا يتضمن قانون العقوبات الألمانى نصاً يقرر هذه القواعد صراحة ، ولكن الفقه والقضاء يسلمان بها ويرجعانها إلى المادة ٥٩ التى تتطلب العلم بالعناصر الواقعية للجريمة معتبرين أسباب الإباحة من قبيل العناصر الواقعية السلبية للجريمة . ويتضمن قانون العقوبات الإيطالى نصاً صريحاً هو المادة ٥٩ فى فقرتها الثالثة ويقضى بأنه إذا اعتقد المتهم عن طريق الغلط وجود ظروف تستبعد العقاب فإنها تنتج أثرها دائماً لمصلحته ، ويقضى هذا النص أيضاً بأنه إذا قام الغلط على أساس الخطأ ، فإن العقاب لا يستبعد فى حالة ما إذا كان القانون ينص على الواقعة باعتبارها جريمة غير عمدية .

والغلط فى الإباحة لا يجعل الفعل مشروعاً ، بل يبقى له صفته الإجرامية ويقتصر تأثيره على القصد الجنائى ، فهو لا يقوم مقام سبب الإباحة ذاته ، وتفسير ذلك أن الأصل فى أسباب الإباحة كونها ذات طبيعة موضوعية بحيث لا تنتج أثرها إلا إذا توافرت فعلا ، ولا يغنى عن توافرها مجرد الاعتقاد بوجودها .

الجهل بالإباحة[1]

٧٥٣ ــ قد يأتى شخص أمراً وهو يعتقد أن القانون يعاقب عليه بينما يكون هناك سبب من أسباب الإباحة يجهله ، فهل ينتج سبب الإباحة ــ مع الجهل به ــ آثاره بمجرد توافره دون توقف على علم المتهم به أو أنه يتعين

= مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ ص ١٩٩ حيث جاء به « إن حسن النية المؤثر فى المسئولية عن الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض والإبرام وهو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ويكفى أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره فى نص معين أو مناسبة معينة كما تقدم ليستفيد القاضى من ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع » . وتتعلق وقائع الدعوى بجريمة قذف اتهم بها صحفى ضد موظف عام هو وزير التموين واستعانت محكمة الموضوع فى تحديد معنى حسن النية الذى يعد شرطاً للإباحة فى القذف بالضوابط التى تضمنتها المادة ٦٣ عقوبات وهى الخاصة بالإباحة المقررة للموظف العام .

(١) تسبق الكلام من الجهل بالإباحة الذى يرجع إلى الجهل بالقانون لحين الكلام على الجهل بالقانون ونقتصر هنا على الإباحة التى ترجع إلى الجهل بالوقائع .

علمه به حتى تترتب عليه آثاره ؟ تبادر إلى القول بأن بعض القوانين ينص صراحة على أن الأسباب التى تحول دون توقيع العقوبة[1] تحدث أثرها ولو كان الفاعل يجهلها[2] ، ولم يرد فى القانون المصرى نص فى هذه

(١) أياً كان السبب : فقد يكون من الأسباب التى تمنع تطبيق القانون ، وقد يكون من أسباب الإباحة أو موانع المسئولية أو موانع العقاب . وقد تكلم كلا المشرعين الليبى والعراقى على أسباب الإباحة بعد أن فرغ من الكلام على أركان الجريمة . وفرق المشرع المغربى بين الأسباب التى تبطل الجريمة والأسباب التى تبطل المسئولية وتكلم على أسباب الإباحة فى النوع الأول . ونص قانون العقوبات الجزائرى فى الفصل الرابع تحت باب الجريمة على الأفعال المبررة وهى التى أسماها المشرع اللبنانى « أسباب التبرير » وتكلم عليها تحت العنصر القانونى وتبعه فى ذلك كل من المشرع السورى والأردنى والكويتى . أما قوانين البلاد العربية الأخرى فقد جمعت تحت عنوان واحد أسباب الإباحة وموانع الأهلية ، فوضعها المشرع السودانى تحت عنوان « المسئولية الجنائية » ، وجاءت فى القانون التونسى بعنوان « فى عدم المؤاخذة بالجرائم » ، وفى القانون المصرى بعنوان « أسباب الإباحة وموانع العقاب » . وتتفق قوانين البلاد العربية على العموم فى النص على أسباب ثلاثة من أسباب الإباحة : ممارسة الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعى ، ومنها ما يضيف إليها حالة الضرورة ، وتشمل الإكراه المعنوى (م ٧٢ ليبى ، ٨١ ، و٨٢ من القانون المغربى) ومنها ما يضيف رضاء المجنى عليه وهى قوانين السودان (م ٥١) ولبنان (م ١٨٧) وسوريا (م ١٨٦) والكويت (م ٣٩) . ويذهب كل من الدكتور محمود مصطفى والدكتور فتحى سرور إلى اعتبار الضرورة من أسباب الإباحة لأنها تجمع مقومات الإباحة ويجب عدالة أن تكون كذلك حتى لا تترتب مسئولية مدنية — انظر للأول ، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ١٩٧٠ ص ٤٣ . والثانى ، أصول قانون العقوبات ، المرجع السابق بند ١٦٠ . ونحن نعتنق هذا النظر لإجازة الضرورة ليس حماية لمصلحة الجانى فحسب وإنما كذلك لمصلحة الغير ، وهى إنما شرعت لحماية مصلحة أجدر بالرعاية من المصلحة المضحى بها واشترط القانون التناسب بين المصلحتين وهو ما يفيد أن المشرع أضفى حمايته على المصلحة الأعلى ، ولأن القاعدة الشرعية أن الضرورات « تبيح » المحظورات . ومع ذلك فقد اعتبر جمهور الفقهاء المصريين حالة الضرورة من موانع المسئولية فى القانون المصرى — انظر السعيد مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٢٠ — على راشد ، المرجع السابق ص ٣٨٥ — محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٦٨٢ — رؤوف عبيد ، مبادىء التشريع العقابى المصرى ص ٤٧٢ — رمسيس بهنام ، النظرية العامة ١٩٦٨ ص ٣٢٩ . وانظر تفنيد الدكتور فتحى سرور الحجج التى أثارها هؤلاء الفقهاء ، المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) تنص المادة ٢٩ من المشروع على أنه « إذا جهل المجرم وجود ظرف مشدد للعقاب فلا يسأل عنه ما لم ينص على خلاف ذلك ، ولكنه يستفيد من الأسباب التى تحول دون توقيع العقوبة وكذلك الأعذار ولو جهل وجودها » وهذا النص أفضل من النص فى المادة ٥٩ من القانون الإيطالى على أن الفاعل يضار ويستفيد بالظروف المشددة أو المخففة أو الطاردة

المسألة . وقد عرض الأمر على محكمة النقض ، بصدد جهل مأمور الضبط القضائى صدور إذن يخوله التفتيش ، فقررت أن تفتيش ضابط البوليس منزل المتهم بغير رضائه لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الضابط مأذوناً من النيابة بإجراء هذا التفتيش وعالماً بهذا الإذن قبل إجراء التفتيش فعلا(١) .

والحق إن هذا القضاء جاء على خلاف الأصول العامة فى القانون والتى لا تحتاج إلى نص صريح يقررها ، فأسباب الإباحة من الأسباب الموضوعية تحدث أثرها من حيث تعطيل نص التجريم بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الأمر(٢) ، فسيان كان عالماً بقيام السبب أو كان جاهلا وجوده فإن فعله يكون مباحاً فى الحالين(٣) .

الغلط فى أسباب التخفيف

٧٥٤ ـ إذا حقق الجانى بفعله الركن المادى للجريمة وتوافر لديه القصد الجنائى الذى يتطلبه القانون فيها ولكنه اعتقد توافر الوقائع التى يقوم عليها سبب لتخفيف العقاب فى حين لم تكن هذه الوقائع متوافرة ، فهل يسأل عن الجريمة فى وضعها العادى أى دون أن يخفف عقابها ، أو ينتفع من التخفيف ويسأل عن الجريمة كما لو كانت الوقائع التى اعتقد وجودها قد توافرت فى الحقيقة ؟ فإذا اتهم شخص بقتل زوجته ، وثبت أنه كان يعتقد حين أتى الفعل

ـ العقوبة ولو كان يجهل قيامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ـ محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ١٥٠ .

(١) نقض ٣ ديسمبر ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٣٩٩ . ومؤدى هذا القضاء اعتبار التفتيش عملا غير مشروع فتطبق على مجريه المادة ١٢٨ عقوبات . وراجع حكم تجاوز الموظف العام حدود وظيفته وما إذا كان يسقط الحماية القانونية عن الوظيفة العامة فيبيح للأفراد الاعتداء عليها ـ أحمد فتحى سرور ، اعتداء الأفراد على الوظيفة العامة ١٩٧٢ ص ٨ وما بعدها .

(٢) وفى بعض أسباب الإباحة يدخل العنصر المعنوى فى أركان سبب الإباحة كما هو الشأن فى استعمال الحق (م ٦٠ عقوبات) وما عدا ما نص عليه صراحة فى هذا الصدد لايكون لحالة الشخص النفسية أى تأثير فى سبب الإباحة .

(٣) ويشبه الدكتور محمود مصطفى هذه الصورة بحالة شخص ينتزع منقولا من حيازة آخر اعتقاداً بأنه مملوك لمن كان يحوزه فيتضح أنه مملوك لمن انتزعه ، فكما أن الاعتقاد بعدم ملكية الشىء لا يقوم مقام عدم الملكية فكذلك لا يستوى الجهل بالإباحة مع قيامها ، بعدم قيامها بالفعل ـ المرجع السابق نفس الموضع .

أنها متلبسة بالزنا ثم تبين أن الرجل الذى كان يجلس معها فى الضوء الخافت هو ذو رحم محرم منها وأن جلستهما لم يكن فيها ما يشين ، فهل يسأل عن جريمة قتل عمد عادية أو تخفف مسئوليته فلا توقع عليه غير العقوبة المخففة التى تنص عليها المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات؟ وبعبارة أخرى : هل يحاسب الجانى على أساس الوقائع التى توافرت فعلا فيكون للجانب المادى للجريمة الغلبة فى تحديد نطاق مسئوليته أو يحاسب على مقتضى الوقائع التى اعتقد توافرها فيكون للاعتقاد دوره فى رسم حدود المسئولية ؟ إن التطبيق السليم لأحكام القصد الجنائى يقتضى الاعتداد بغلط الجانى وافتراض توافر الوقائع التى توهم وجودها وتخفيف مسئوليته على أساسها(١) . ونقول بهذا الرأى قياساً على الحكم الذى سلمنا به بالنسبة لأسباب الإباحة ، فإذا كان الاعتقاد بتوافر الوقائع التى يقوم عليها سبب الإباحة ينفى القصد الجنائى فيؤدى إذا توافرت شروط معينة إلى عدم توقيع العقاب ، فإن الاعتقاد بتوافر الوقائع التى يقوم عليها سبب التخفيف يجعل القصد الجنائى متعلقاً بالجريمة ذات العقاب المخفف فيكون من شأنه تخفيف العقاب . والقول بغير هذا الرأى يجعل التناقض واضحاً بين حكم الغلط فى الإباحة والغلط فى أسباب التخفيف ، ولا يجوز أن يقر القانون مثل هذا التناقض . وإذا كنا قد سلمنا بأن غلط الجانى الذى تمثل فى جهله توافر ظرف مشدد يجعل مسئوليته مقتصرة على الجريمة ذات العقوبة العادية ، فإن النتيجة المنطقية لذلك تحتم الاعتداد بالغلط فى أسباب التخفيف ، إذ أن الجريمة ذات العقوبة العادية تعد جريمة مشددة حين تقارن بالجريمة ذات العقوبة المخففة التى تعد فى هذه المقارنة فى حكم الجريمة العادية ، فالعلاقة بين الجريمة العادية والجريمة المخففة هى كالعلاقة بين الجريمة المشددة والجريمة العادية . والوقائع التى يقوم عليها التخفيف هى فى الجريمة العادية عناصر سلبية ، أى يلزم انتفاؤها حتى توقع العقوبة العادية ، وبهذه العناصر

(١) محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق والمراجع المشار إليها . وقد حسم المشرع الإيطالى الأمر بالنص فى المادة ٥٩ / ٢ على أنه إذا اعتمد الجانى عن طريق الغلط وجود ظروف تخفف العقاب فإنها لا تفيده . وأساس هذا الحكم ، كما تقول الأعمال التحضيرية للقانون ، هو قاعدة المسئولية الموضوعية التى آثر الشارع أن يأخذ بها بالنسبة لظروف الجريمة المخففة أو المشددة قاصراً تطلب الركن المعنوى على العناصر الحقيقية للجريمة .

يجب أن يحيط علم الجانى حتى يستحق العقوبة العادية ، أى يجب أن يعلم بانتفاء تلك الوقائع حتى توقع عليه هذه العقوبة ، فإن لم يشمل علمه هذه العناصر السلبية ، أى لم يعلم بانتفاء الوقائع التى تقوم عليها لأنه اعتقد توافرها اعتبر القصد الجنائى فى الجريمة العادية غير متوافر ولم يعد محل لأن يسأل عنها ، فتقتصر مسئوليته على الجريمة ذات العقوبة المخففة . وبالإضافة إلى ذلك ، فإن من جهل توافر الجريمة العادية واعتقد توافر الوقائع التى تقوم عليها الجريمة ذات العقوبة الأخف ، يعد وضعه مثل من جهل توافر الجريمة ذات العقوبة الأشد واقتصر علمه على الوقائع التى تقوم عليها الجريمة العادية ، فيسأل عن الجريمة ذات العقوبة العادية .

موضوع الحق المعتدى عليه

٧٥٥ — قلنا إن علة النص الجنائى هى صيانة حق يرى الشارع جدارته بالحماية الجنائية ، والقصد الجنائى فى معناه الأساسى هو إرادة الاعتداء على هذا الحق . وتفترض هذه الإرادة العلم بهذا الحق الذى لا يتصور — بحسبانه فكرة قانونية — دون محل ينصب عليه . كما يفترض القصد الجنائى علم الجانى بتوافره وباستيفائه الشروط التى تجعله صالحاً لأن يتعلق الحق به ، فإن جهل الجانى ذلك انتفت لديه — حين يأتى الفعل الذى ينصب على هذا المحل — إرادة الاعتداء على الحق وانتفى لديه ، تبعاً ، القصد الجنائى : فمن استولى على شىء وهو يعتقد أنه المال الذى فقد أو سرق منه لا يتوافر لديه القصد الجنائى(١) ، وإذا اتهم شخص بحيازة مواد مخدرة تعين إثبات علمه بطبيعة هذه المادة ، فإن جهل ذلك وظن المادة التى يحرزها عقاراً غير مخدر فإن القصد الجنائى يكون منتفياً(٢) .

---

(١) الفرض أن الجانى يخلط بين الشيئين : الشىء المملوك له والشىء المملوك لغيره فيستولى على أحدهما معتقداً أنه الآخر ومن ثم يكون الغلط متعلقاً بالوقائع . والوضع هنا يختلف عن حالة شخص يستولى على شىء معتقداً بناء على غلط فى قواعد القانون المدنى أن هذا الشىء مملوك له والحقيقة أنه مملوك لغيره إذ الغلط فى هذه الحالة قد تعلق بالتكييف . والفرق بين الحالتين واضح لأن الحالة الثانية لا تفترض خلطاً بين شيئين ومن ثم لا يكون محل القول بغلط فى الوقائع — راجع محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق .

(٢) نقض ٩ نوفمبر ١٩٥٣ س ٥ ص ٧٢ — نقض ١٦ يناير و٢٢ مايو ١٩٥٦ —

الجهل بخطورة الفعل

٧٥٦ — إذا كان القصد الجنائى هو إرادة مُرتكب الفعل الاعتداء على الحق فإن ذلك يتطلب علماً بالوقائع التى تقترن بالفعل وتحدد خطورته ، فإذا جهل الجانى بعض هذه الوقائع بحيث نقص علمه عن القدر الذى تحدد

— س ٧ ص ٥٢ و٧٦٩ — نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٥٧ س ٨ ص ١٠٠١ . ومن التطبيقات العملية على الجهل والغلط المنصب على عنصر مفترض متعلق بموضوع الحق ، جريمة اختلاس المحجوزات (م ٣٢٣ و ٣٤٢) حيث تطلب المشرع أن تكون الأشياء محل الاختلاس موصوفة بأنها محجوز عليها « قضائياً » أو « إدارياً » يستوى فى ذلك أن يكون الحجز تحفظياً أو تنفيذياً — نقض ٦ ديسمبر ١٩٥٤ س ٦ ص ٢٤٠ . كما يستوى أن يكون صحيحاً أو شابه عيب يبطله — نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٣٨ قضاء النقض ص ١٤٤ . فإذا لم يتوافر لدى الجانى العلم بأن الأشياء « محجوز عليها » بأن كان الحجز قد وقع فى غيبته ولم يعلم به بأى طريق ، انتفت الجريمة بالنسبة له لانعدام القصد الجنائى — نقض ٣ أكتوبر ١٩٤٤ قضاء النقض ص ١٣٩ . وثبوت هذا العلم يكون بأى طريق من طرق الإثبات — نقض ٦ يونيه ١٩٥٥ س ٦ ص ١٠٦٦ . إنما يجب أن يكون ثبوت العلم عن طريق اليقين لا بناء على مجرد الظن والافتراض — نقض ٢٠ يناير ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٤٢ . وراجع نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٤١ قضاء النقض ص ١٨٧ . وإذا جهل الجانى باستيفاء المال الوصف الذى تطلبه المشرع فيه أو غلط فى ذلك انتفى قصده الجنائى لأن الجهل أو الغلط انصب على ما اعتبره المشرع عنصراً مفترضاً فى الجريمة ، ولهذا قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان الحكم الابتدائى قد قضى ببراءة المتهم من اختلاس حاصلات محجوز عليها تحفظياً لعدم توافر أركان الجريمة ، إذ أن الحاجز لم يطلب تثبيت الحجز التحفظى ، ثم لم يطالب المتهم بإيجار الأطيان المحجوز على حاصلاتها بل طالبه بريعها مما جعل المتهم يعتقد أن الحاجز قد تنازل عن الحجز الذى أوقعه وأن الحاصلات لم تعد بالتالى محجوزة ، ثم جاءت المحكمة الاستئنافية وأدانت المتهم بهذه الظروف فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون — نقض ٤ فبراير ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٣٦ . ويلاحظ هنا أن انتفاء القصد الجنائى مؤسس على اعتقاد تنازل الحاجز عن الحجز ، ذلك الاعتقاد الذى كان له ما يبرره لأن « الحجز التحفظى متى أوقعه الموظف يكون واجب الاحترام ولو لم يحكم بتثبيته أو لم يعلن به ذوو الشأن فى الميعاد القانونى وذلك ما لم يصدر حكم من جهة الاختصاص ببطلانه » — نقض ٦ ديسمبر ١٩٥٤ س ٦ ص ٢٤٠ .

وقد نصت المادة ٤٨ من مشروع قانون العقوبات صحتنا على أن « القصد الجنائى هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة عالماً بأركانها القانونية » . ونصت المادة ٥١ على أن « ينتفى القصد الجنائى فى الجريمة إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط فى واقعة تعد ركناً من أركانها ، على أن ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما يتخلف عن فعله من جريمة غير عمدية أو أية جريمة أخرى » .

به خطورة الفعل على الحق فأتى الفعل وهو يعتقد ألا ضير منه على الحق فحدث الاعتداء رغم ذلك فإن القصد الجنائى لا يكون متوافراً لديه . فن يثبت فى محرر بيانات كاذبة معتقداً صحتها لا يتوافر لديه القصد الجنائى الذى تتطلبه جريمة التزوير لأنه يجهل خطورة فعله على الثقة التى يريد الشارع صيانتها للمحرر(١) .

الجهل بمكان أو زمان ارتكاب الفعل

٧٥٧ – الأصل أن الشارع يؤثم الفعل دون اعتبار لمكان أو زمان ارتكابه ، ولكنه يخرج على هذا الأصل فى بعض الجرائم فلا يقرر للفعل صفة إجرامية إلا إذا اقترفه الجانى فى مكان معين أو زمان معين ، ويفسر هذا الخروج كون الفعل لا يمثل خطورة على الحق إلا إذا ارتكب فى هذا المكان أو الزمان ، وإذا ثبت جهل الفاعل بمكان فعله انتفى القصد الجنائى لديه . ومن الأمثلة التطبيقية للجهل بمكان الفعل أو السلوك ، جريمة زنا الزوج (م ٢٧٧ ع) إذ استلزم المشرع أن يرتكب الزوج سلوكه الإرادى ، وهو الاتصال الجنسى ، فى «منزل الزوجية» . وهنا تثور المشكلة أيضاً بالنسبة لجهل عشيقة الزوج بأن مكان الزنا هو منزل الزوجية . وبالنسبة لجريمة الشهادة الزور فإنه يلزم لتكاملها موضوعياً أن يكون الزور فى شهادة أديت أمام «القضاء الجالس» وفى دعوى مطروحة عليه للفصل فيها ، جنائيـــة كانت أو مدنية أو تجارية(٢) . وتعريض طفل سنه سبع سنين كاملة للخطر وتركه فى محل خال من الآدميين يتطلب توافر هذا الوصف فى مكان الترك ، فإن جهل الجانى طبيعة محل الترك انتفى لديه القصد الجنائى .

ومن أمثلة الجهل بزمان الفعل أو السلوك ، ما أوجبته المادة ٣١٧ / ٤ عقوبات من وقوع السرقة «ليلا» حتى توقع العقوبة المشددة ، وظرف الليل فى المواد ٣١٣ و ٣١٥ / ٣ و ٣١٦ فى باب السرقة ، وفى باب آخر مثل جرائم قتل الحيوانات (م ٣٥٦) وإتلاف المزروعات (م ٣٦٨) .

(١) نقض ٢٠ فبراير وأول أكتوبر ١٩٥٦ س ٧ ص ١٩٨ و ٩٦٠ .

(٢) رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ص ٩٨٢ – جندى عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٦٧ .

ومن قبيل ذلك أيضاً «زمن الحرب» كعنصر موضوعى لازم لتكامل الجنايتين المنصوص عليهما فى المادتين ٧٨ ب و ٨١ (وثانيتهما هى الإخلال عمداً بتنفيذ عقد توريد مبرم مع الحكومة) ، وكذلك «زمن هياج أو فتنة» بالنسبة لجريمة إتلاف خط من الخطوط التلغرافية أو جعلها غير صالحة للاستعمال ولو مؤقتاً (م ١٦٥) ، وجريمة إهانة الموظف العام أو أحد رجال الضبط أو أى إنسان مكلف بخدمة عامة أثناء تأدية وظيفته المنصوص عليها فى المادة ١٣٣ . فزمن الهياج أو الفتنة أو زمن الحرب أو وقت الليل أو الوقت الذى يباشر فيه الموظف العمومى وظيفته وكذلك الوقت الذى تنعقد فيه هيئة المحكمة فى جريمة الشهادة الزور ، يمثل كل منها عنصراً مفترضاً لتكامل الكيان الموضوعى لجريمة معينة بحيث إذا باشر الجانى سلوكه فى أى وقت آخر ، فقد هذا السلوك خطورته التى قدرها المشرع ولم يتكامل لجريمة بنيانها ، ويتأدى من ذلك أن الجهل المنصب على ذلك الزمان المحدد أمر ينفى القصد الجنائى ويمنع ، تبعاً ، من توافر المسئولية عن تلك الجرائم لانعدام الصورة العمدية لركنها المعنوى(١) .

(١) وهذا يفسر ما تتطلبه محكمة النقض من أن تكون أحكام الإدانة الصادرة بشأن المادة ١٣٣ ع مشتملة على بيان الظروف التى حصلت فيها الواقعة لمعرفة ما إذا كان الموظف المجنى عليه كان قائماً – وقت الإهانة – بتأدية وظيفته – نقض ٣ يونيه ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٣٠٠ ونقض ١٠ مايو ١٩٤٣ من نفس المجموعة ص ٣٠١ . ومن تطبيقات حالات الجهل بزمان الفعل أيضاً جريمة إعطاء شيك بدون رصيد (م ٣٣٧) إذ من المسلم أن الفعل المنشىء لهذه الجريمة قد عبر عنه المشرع بقوله «أعطى شيكاً» ولفظ الإعطاء يقصد به «إصدار» الشيك أى طرحه للتداول بتسليمه فعلا للمستفيد ، فإذا ما خرج الشيك من يد الساحب وتم تسليمه لآخر فإن الفعل المكون لهذه الجريمة يعتبر قد تم وانتهى – حسن المرصفاوى ، جرائم المال ص ٢١٧ – القللى ، جرائم الأموال ص ٢٥٩ . ويبين من سياق المادة أن المشرع يستلزم أن يكون إعطاء الشيك بمعناه السابق قد باشره الجانى فى الوقت والزمان الذى يتحدد ويتميز بأنه «لم يكن لدى الساحب فيه مقابل وفاء» أى أن يكون هناك تعاصر زمنى بين لحظة إعطاء الشيك ولحظة عدم وجود مقابل الوفاء ، فإذا ثبت جهل الجانى بعدم وجود هذا المقابل عند إعطاء الشيك أو اعتقد اعتقاداً زائماً بأن له رصيداً كافياً ، كان جهله أو غلطه نافياً لقصده الجنائى . لذلك قضى بأن سوء النية وهو القصد الجنائى فى هذه الجريمة يتحقق بمجرد علم الساحب بأنه «وقت إصدار الشيك» لم يكن له مقابل وفاء قابل للسحب – نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٥٢ س ٤ ص ٥٢ . فإذا أخطأ الساحب بحسن نية فى مقدار مقابل =

علم الجانى بالصفات التى يتطلبها القانون فيه وبالصفات التى يتطلبها فى المجنى عليه

٧٥٨ – القاعدة العامة هى أن تطبق أحكام النصوص الجنائية على كل شخص توافرت لديه الأهلية الجنائية دون تطلب انتماء الجانى لطائفة معينة أو تميزه بصفة خاصة أو احتلاله مركزاً معيناً . هذه القاعدة ترد عليها استثناءات تتعلق ببعض الجرائم التى لا يتكامل بنيانها الموضوعى ولا يصلح الفعل أن يحققها بحسب أنموذجها القانونى إلا إذا كان الفاعل متميزاً بحالة قانونية أو فعلية[1] ، فإذا اتهم شخص بجريمة من هذه الجرائم تعين أن يحيط علمه بهذه الحالة فإن جهل بها انتفى القصد الجنائى لديه : فالمادة ٢٧٤ عقوبات مصرى التى تنص على أن « المرأة المتزوجة » التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس ، والمادة ٢٧٧ التى تعاقب كل « زوج » زنا فى منزل الزوجية ، والمادة ٢٦٢ التى تعاقب المرأة « الحامل » إذا أجهضت نفسها ، والمادة ١٤٠ التى تعاقب من كان « مكلفاً بحراسة » مقبوض عليه أو « بمراقبته » أو « بنقله » إذا ساعده على الهرب ، والمادة ١٠٣ التى تجرم الرشوة بالنسبة لكل « موظف عمومى » ، والمادة ١٣٨ التى تؤثم هروب كل إنسان « قبض عليه قانوناً » ، فى كل هذه الجرائم وما ماثلها يستلزم المشرع لقيام الجريمة أن يكون الجانى عند ارتكابه الفعل متصفاً بوصف أو بتكييف معين بدونه لا يتكامل للجريمة بنيانها الموضوعى ، وهو ما يتأدى منه أن الجانى لا تقوم مسئوليته الجنائية إلا إذا كان عالماً بتوافر تلك الأوصاف فيه عند مباشرته الفعل بحسبانها تمثل عنصراً موضوعياً مفترضاً فى الجريمة[2] . وباستقراء

= الوفاء فلا جريمة ما دام اعتقاده كان مبنيا على أسباب مقبولة – رؤوف عبيد ، المرجع السابق ص ٤٣٢ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم استناداً إلى أنه يأمل لأسباب مقبولة فى وجود الرصيد عند تقديم الشيك لصرفه وأن المجنى عليها كانت تعلم عند قبولها الشيك أنه لا يقابله رصيد مما تنتفى به الجريمة إذ لا يكون محتالا عليها فإنه يكون قد أخطأ – نقض ٤ مارس ١٩٥٢ قضاء النقض ١٩٤١ ص ٥١٧ .

(١) ولذلك يقسم بعض الفقه الجريمة إلى جريمة « الفاعل المطلق » وجريمة « الفاعل الخاص » – انظر رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٤٩٢ .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض عندنا بأنه « يشترط العقاب على جريمة الهرب المنصوص عليها فى المادة ١٣٨ من قانون العقوبات أن يكون الهرب قد حصل بعد القبض =

هذه الأوصاف والأوضاع يخلص لنا أنها إما أن تكون أوصافاً قانونية أو أوصافاً طبيعية . والأوصاف القانونية إنما تتوافر فى موضوعها نتيجة إنزال حكم قاعدة قانونية على هذا الموضوع ، بمعنى أنها صفات وأوضاع يرجع فى تحديد معناها ومفهومها إلى القانون الذى يحكمها والذى أحال عليه قانون العقوبات وإن كان النص فى هذا القانون الأخير قد يتضمن أحياناً معنى الصفة أو التكييف أو الوضع أو الحالة فى مجاله الخاص[1] . أما الأوصاف والأوضاع الطبيعية « غير القانونية » فإنها تخلص لنا أو نخلص إليها نتيجة إعمال فكرة طبيعية ، مثل صفة « الذكورة » فى جريمة اغتصاب امرأة كرها (م ٢٦٧) لأنها جريمة لا تقع من الإناث .

٧٥٩ – كذلك لا يتطلب القانون ، كقاعدة عامة ، فى المجنى عليه[2]

= على من وقع منه الهرب فلا جريمة إذا لم يكن هناك قبض قانونى سابق ، وإذن فإذا كان المستفاد مما هو ثابت بالحكم أن المتهم هرب قبل أن ينفذ عليه الأمر بالقبض فإن ذلك لا يعد هربا مما يعاقب عليه القانون سواء أكان قد صدر أمر القبض على المتهم أم لم يصدر » – نقض ٢٠ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١١٩٣ . كما قضت بأنه إذا ندب معاون الإدارة بناء على أمر المدير أو المأمور الذى يخضع لها ومن واجبه القيام بما يعهدان به إليه من عمل فى حدود اختصاصهما – إذا ندب للقيام بأعمال التموين فى المركز فإن هذه الأعمال تدخل ، فى صدد جريمة الرشوة ، فى أعمال وظيفته – نقض ٢٥ أكتوبر ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ ص ٣٢٠ – وراجع أيضاً نقض ٢٠ يناير ١٩٥٩ س ١٠ ص ٥٥ . وانظر فى الأثر المترتب على عدم اختصاص الموظف بما هو مطلوب منه وعدم زعمه اختصاصه به ، نقض أول يونيه ١٩٥٩ س ١٠ ص ٥٨٩ . وإذا كان يعتقد أنه لم يبق بعد فى وظيفته مع أن قرار تعيينه كان قد صدر دون أن يعلم به فإن قصده الجنائى ينتفى – نقض ٥ فبراير ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ٧١٢ .

(١) ومثال إحالة قانون العقوبات « صفة الزوجية والموظف العمومى والمقبوض عليه قانوناً التى يحدد مفهوم كل منها قانون الأحوال الشخصية والقانون الإدارى وقانون الإجراءات الجنائية على التوالى . ومثال النص فى قانون العقوبات ، المادة ١١١ عقوبات مصرى التى أوضحت المقصود بالموظف العمومى فى باب الرشوة – رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٤٩٥ .

(٢) Sujet Passif, Delogu, op. cit. p. 96

ويطلق عليه بعض الفقه المصرى تعبير « الموضوع الشخصى » تفرقة بينه وبين الموضوع الكونى الذى قد يكون شخصاً آدمياً ولكن لا يكون شخصاً معنوياً حالة أن الموضوع الشخصى أى المجنى عليه يصح أن يكون شخصاً معنوياً لصلاحيته لأن يكون صاحب الحق على الاعتداء – رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٥١٤ .

صفة معينة . بيد أن الشارع قد يخرج على هذه القاعدة بحيث لا يكون مجنياً عليه في بعض الجرائم إلا من توافرت له صفة معينة يكون جهل المتهم بها نافياً للقصد الجنائي لديه . هذه الصفة بدورها قد تكون طبيعية ، وقد تكون قانونية . ومن قبيل الصفات الطبيعية « الجنس » في جريمة مواقعة الأنثى بغير رضاها (م ٢٦٧) وخطف الأنثى بالتحايل أو الإكراه (م ٢٩٠) وجريمة الإجهاض[1] (م ٢٦٠) ، وكذلك « السن » في جريمة هتك العرض بغير قوة أو تهديد إذ تصبح جناية إذا كان المجني عليه لم يبلغ سبع سنين كاملة حالة أنها تكون جنحة إذا كان قد بلغها دون أن يتجاوز ثماني عشرة سنة (م ٢٦٩) فإن تجاوزها كانت الواقعة غير مجرمة . وتعويلا على ما تقدم لا يتوافر القصد الجنائي لدى من يهتك عرض صبي أو صبية لم تبلغ من كل

(١) ولا يرتكب شخص جريمة إجهاض امرأة إلا إذا علم أن المجني عليها حامل — محمود مصطفى ، القسم الخاص ، المرجع السابق ص ٢٢٥ . ورضاء المرأة الحامل بالإجهاض لا ينفي مسئولية الطبيب الذي أجهضها ومن عساه يكون اشترك معه في إجهاضها . وقضت محكمة النقض في صدد هذه الجريمة بأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات إنما تبيح الأفعال التي ترتكب عملا بحق قرره القانون بصفة عامة ، وتحريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار هذا الفعل مرتبطاً بحق وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانيها العقاب الذي فرضه الشارع لفعلته ، فلا يكون مقبولا ما عرض إليه المتهم في دفاعه أمام محكمة الموضوع من أن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة ، وما يقوله الطاعن من إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الحمل الذي لم يتجاوز أربعة أشهر ليس أصلا ثابتاً في أدلتها المتفق عليها وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم ولا محل للاعتراض بالرأي الذي يظاهر ما يذهب إليه الطاعن تلقاء الوضع القائم في التشريع المعمول به من تحريم هذا الفعل — نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٩٥٢ . وغني عن البيان أن المتهم إذا كان يجهل أن المجني عليها حامل وأحدث فعله إجهاضاً فإنه لا يعاقب بمقتضى نصوص جريمة الإجهاض وإنما بموجب نصوص جريمة الضرب . وفي جريمة مواقعة أنثى بغير رضاها فإن الوصف هنا مرده توافر « حالة نفسية » معينة لديها هي حالة « عدم الرضا » بما يرتكبه الجاني من سلوك ، يستوي في ذلك أن يكون الجاني قد استعمل وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر في اختيار المجني عليها فيعدمها الرضا كأن يباغتها أو ينتهز فرصة فقدانها شعورها واختيارها لجنون أو عاهة في العقل أو استغراق في النوم — نقض ١٩ أكتوبر ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٦٩٢ . فإذا ثبت جهل الجاني بعدم رضاها أو ثبت أنه كان يعتقد اعتقاداً زائغاً بناء على أسباب جدية ومقبولة بأنها « راضية » لم يتوافر القصد الجنائي . وهذا القول يصدق على جناية هتك العرض المنصوص عليها في المادة ٢٦٨ عقوبات .

منهما ثماني عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد إلا إذا كان عالماً بعدم بلوغه السن المذكورة ، كما لا يتوافر القصد الجنائي المتطلب في جريمة الزنا لدى شريك الزوجة إلا إذا علم أنها متزوجة[1] ، أما إذا جهل ذلك فلا مسئولية ولا عقاب ، يستوي أن يكون الجهل أو الغلط « حتمياً » أي لم يكن في مقدور الفاعل تفادي الوقوع فيه ، أو كان « تقصيرياً » بأن كان في مكنته تفادي الوقوع فيه لو أنه بذل القدر اللازم من الحيطة ، ذلك أن البحث في توافر التقصير في العلم بالحقيقة لا يثور إلا عند الكلام على توافر الصورة غير العمدية للمسئولية الجنائية ، حالة أن الجرائم التي نحن بصددها جميعها جرائم عمدية لا يعاقب المشرع عليها إذا وقعت نتيجة خطأ الجاني أو إهماله[2] .

(١) ويعتبر القصد متوافراً لدى الزوجة متى ارتكبت الفعل وهي عالمة بأنها متزوجة وأنها تواصل شخصاً غير زوجها فإن جهلت ذلك أو اعتقدت أن زوجها الغائب قد مات أو أنها مطلقة فلا قيام للقصد الجنائي لديها — راجع نقض ١١ يوليه ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٧٣١ .

(٢) ولا شك أن مسألة العلم برضا المجني عليه أو بحقيقة سنه أو بالصفة التي يستلزم القانون توافرها فيه لقيام الجريمة عموماً مرجعها إلى قاضي الموضوع يستخلصها من وقائع الدعوى والأدلة التي تقدمها النيابة فيها طبقاً للقواعد السائدة في الإثبات . بيد أن محكمة النقض عندنا ذهبت إلى افتراض علم الشريك بزواج من زنى بها — نقض ٢ إبريل ١٩١٠ المجموعة الرسمية س ١١ ص ٢٣٧ ، وافتراض علم الجاني في هتك العرض بسن المجني عليه — نقض ٣١ مايو ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٢٧٧ . فلا تحمل سلطة الاتهام عبء إثبات علم المتهم بهذه الأمور ولا يقبل من الأخير مجرد الدفع بجهله بها حتى يعد القصد الجنائي منتفياً لديه ، بل يتعين عليه أن يثبت هذا الجهل ، ولا يقبل منه أي دليل بل يتعين أن يثبت أن جهله يرجع لأسباب قهرية أو ظروف استثنائية وأنه لم يكن في مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة . وقد أيدت محكمة النقض مذهبها قائلة إن « من يقدم على مقارفة فعل جنائي مع شخص آخر وكان هذا الشخص في حالة معينة ولم يستقص عن حالته أو استعلم عنه بطريقة غير كافية فإنه يقبل احتمالياً ارتكاب ذلك الفعل فيما لو كان الشخص المذكور موجوداً فعلا في الحالة المنصوص عليها بقانون العقوبات وحينئذ لا يجب على النيابة تقديم الدليل على وجود هذا العلم بل على من يتمسك بعدم وجوده أن يوضح ويثبت ذلك أي أن يبين مثلا الظروف الاستثنائية التي أوقعته في خطأ غير ممكن التغلب عليه » ثم أضافت في حكم آخر القول إن « كل من يقدم على مقارفة فعل من الأفعال الشائنة في ذاتها أو التي تؤثمها قواعد الآداب وحسن الأخلاق يجب عليه أن يتحرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يقدم على فعله ، =

٧٦٠ – وقد تتوافر بالفعل الوقائع التى يقوم عليها تخفيف العقاب ولكن

– فإذا هو أخطأ التقدير حق عليه العقاب عن الجريمة التى تتكون منها ما لم يقم الدليل على أنه لم يكن فى مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة » – نقض ٣١ مايو ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ ص ٢٧٧ . وقررت بصدد الجهل بالسن بأن السن « الحقيقية » المجنى عليه فى هتك العرض هى التى يعول عليها فى هذه الجريمة ولا يقبل من المتهم الدفع بجهله هذه السن إلا إذا اعتذر من ذلك بظروف « قهرية استثنائية » وتقدير هذه الظروف من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه مادام مبنيا على ما يسوغه من أدلة – نقض ٢٥ مارس ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١١٩١ . وأضافت فى حكم آخر أن « العبرة فى السن فى جريمة هتك العرض هى بالسن الحقيقية للمجنى عليه ولو كانت مخالفة لما قدره الجانى أو قدره غيره من رجال الفن اعتماداً على مظهر المجنى عليه وحالة نمو جسمه أو على أى سبب آخر » والقانون « يفترض » فى الجانى وقت مقارفته الجريمة على من هو دون السن المحددة فى القانون أن يعلم بسنه الحقيقية ما لم تكن هناك ظروف استثنائية وأسباب قهرية ينتفى معها هذا الافتراض » – نقض ١١ نوفمبر ١٩٤٠ ، المرجع السابق ص ١٩١ . وواضح أن محكمة النقض لم تخرج فى قضائها السابق على القواعد الموضوعية فى القصد الجنائى إذ لا تزال تتطلب العلم بهذه الوقائع وتعتبره عنصراً يقوم على القصد الجنائى وإنما تعلق قضاؤها بقواعد الإثبات فأدخل عليها من التعديل ما يجعل التمييز واضحاً بين الجريمتين السابقتين وغيرهما من الجرائم ، فلم تبق عبء إثبات العلم على عاتق سلطة الاتهام بل افترضته ولكنها لم تجعل منه افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ثم هى من ناحية أخرى لم تقبل أى دليل فى هذا الخصوص بل ألزمت المتهم بأن يثبت أن جهله يرجع إلى أسباب قهرية أو ظروف استثنائية وأنه لم يكن فى مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة . فقضاء محكمة النقض لا يمس الموضوع وإنما يقتصر على جانب الإثبات . ويبرر الدكتور محمود نجيب حسنى – فى مقاله السابق – مذهب محكمة النقض بأن الزواج حالة تحيط بها العلانية ويشيع العلم بها ويضع القانون لها النظم التى تكفل إشهارها ويفترض بعد ذلك علم الكافة بها ولذلك فالادعاء بالجهل بها هو ادعاء تكذبه القرائن ويغلب أن يكون دفاعاً غير ذى أساس يلجأ إليه المتهم للتخلص من المسئولية الجنائية فلا يسوغ قبوله إلا فى الحالات الاستثنائية التى يكون له فيها ما يبرره . ويقول كذلك إن السن بدورها حالة يحيطها القانون بالعلانية ويكفل لها الإشهار ويجعل لكل شخص شهادة تثبت تاريخ ميلاده ويفترض بعد هذه الإجراءات أن حقيقة السن معروفة للكافة ، وبالإضافة إلى ذلك فالمظهر الخارجى لكل شخص يفصح فى الأغلب من الحالات عن حقيقة السن ، ولذلك جاز لمحكمة النقض أن تطبق عليها عين القواعد التى سلمت بتطبيقها على الزواج – انظر تعليقاً كذلك على قضاء النقض ، السعيد مصطفى ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ص ٣٨٨ هامش (١) – على راشد ، مبادىء القانون الجنائى ١٩٥٠ ص ٦٢٦ هامش (١) .

وواضح أن محكمة النقض أقامت « افتراض العلم » على قرينة قضائية لخلو كلا قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية من النص القانونى فى هذا الخصوص . وقرائن الإثبات القضائية غير قاطعة إذ هى دائماً تقبل إثبات العكس إما بالكتابة أو البينة أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك – السنهورى ، الوسيط ، الإثبات – آثار الالتزام ص ٣٢٦ . ومن ثم كان حرياً =

الجانى جهل توافرها واعتقد أنه يأتى الجريمة فى صورتها العادية ، فهل ينتج

= بمحكمة النقض أن تفتح للجانى وبطريقة « مطلقة » الباب ليقيم البرهان على أن قرينة العلم بالحقيقة قامت فى حقه على غير أساس فلا تلزمه بإثبات أن جهله أو غلطه إنما يرجع لأسباب قهرية أو أنه لم يكن فى مقدوره أن يحيط علماً بالحقيقة ، ذلك أن الجهل أو الغلط حالة نفسية تقوم لدى الجانى فينبغى أن يكون معيار توافرها ذاتياً بحتاً بمعنى أنه يجب أن يبحث فيما جاش بنفسية الجانى بصفة فعلية وشخصية فإذا اقتنعت المحكمة بتوافر جهل أو غلط لديه منصب على عنصر موضوعى فى الجريمة قضت ببراءته لانتفاء قصده الجنائى حتى لو ثبت لها أنه كان فى استطاعته تفادى الوقوع فى الجهل أو الغلط لو أنه بذل قدراً من اليقظة والحذر ، أى حتى لو كان الجهل أو الغلط نجم عن إهمال أو تقصير أو خطأ من جانبه مهما كان جسيماً . بيد أن محكمة النقض لم تر الأخذ بهذا المعيار الشخصى ، كما لم تأخذ بمعيار موضوعى بالنظر إلى تقدير الشخص العادى فى الظروف المماثلة ، وإنما ذهبت إلى « افتراض » علم المتهم بصفة المجنى عليه وسنه الحقيقية ، كما أن قول المحكمة « بالقبول الاحتمالى » قد يفهم منه أنها اعتمدت على نظرية « القصد الاحتمالى » لتبرير افتراضها توافر علم الشريك بأن من يزنى بها متزوجة أو ببلوغ المجنى عليه الثمانية عشرة من العمر ، وحتى لا تحمل سلطة الاتهام عبء إثبات توافر هذا العلم لدى الجانى ، مع أنها لم تكن محتاجة إلى هذا لعدم تعلق الأمر بالقواعد « الموضوعية » فى القصد الجنائى وإنما هو يمس قواعد الإثبات فحسب . ثم هى أقرت بذلك بتوافر القصد الجنائى لدى الجانى دون أن يكون قد سبق وتوافر لديه القصد الجنائى « المباشر » الذى يستند إليه القصد الاحتمالى كما يحدده الرأى السائد فى الفقه المصرى . وقول المحكمة إن على من يقدم على مقارفة فعل من الأفعال « الشائنة » فى ذاتها أو التى تؤثمها قواعد الآداب وحسن الأخلاق « يجب عليه » أن يتحرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يقدم على فعلته – يفهم منه أن محكمة النقض ، كما قال الدكتور محمد زكى محمود بحق فى « آثار الجهل والغلط فى المسئولية الجنائية ، المرجع السابق ص ١٩٢ و١٩٣ » قد أنشأت من عندياتها التزاماً قانونياً جديداً على عاتق المتهم موضوعه أن يقوم بأعمال إيجابية تتمثل فى « البحث والتحرى » بكل الطرق وبكافة الوسائل عن حقيقة المجنى عليه مستندة فى ذلك إلى القول بأن هذه الجرائم « شائنة فى حد ذاتها تؤثمها قواعد الآداب وحسن الأخلاق » الأمر الذى يتأدى منه – بطريق العكس – أن المحكمة تعفى المتهم فى الجرائم الأخرى « غير الشائنة » والتى يستلزم المشرع أيضاً لتكاملها توافر صفة شخصية معينة فى المجنى عليه ، تعفيه من واجب القيام بالبحث والتحرى عن توافر هذه الصفة كما هو الحال فى جريمة الإجهاض مثلا ، وهو ما يدل على أن المحكمة قد أضفت من لدنها على الجرائم « المؤثمة أخلاقياً » امتيازاً خاصا تتميز به عن الجرائم « غير المؤثمة أخلاقيا » مع أن المفروض أن الشارع ينظر إلى جميع أنواع الجرائم نظرة واحدة محايدة ما لم يختص إحداها بميزة معينة بنص خاص وهو ما لم يفعله بالنسبة المادتين ٢٦٩ و٢٧٥ ، ولو أنه قصد إليه لنص عليه كما فعل فى المادة ٦٣ عقوبات حين قال « وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد البحث والتحرى » . ونحن مع الدكتور محمد زكى محمود فى ذلك لأن الأحكام =

سبب التخفيف أثره فيخفف العقاب عن الجانى أو يظل غير ذى أثر طالما

= السابقة تتعارض مع الاتجاه العام الذى يسود سائر الأحكام الأخرى الصادرة من محكمة النقض فيما يتعلق بضرورة علم الجانى بالأوصاف والتكييفات التى تمثل عناصر موضوعية فى الجريمة وأنه لا يصح افتراض هذا العلم افتراضاً لا يتفق والحقيقة فى واقعة الدعوى – نقض ١٢ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٠٥٤ ونقض ١٦ فبراير ١٩٤٨ ، المرجع السابق ص ١٠٤٧ . كما استقر قضاء النقض على أن القصد الجنائى ينتفى ولو كان جهل الشخص بالحقيقة راجعاً إلى إهمال فى تحريها ولو كان هذا الإهمال جسيماً لأنه لايقوم مقام العلم بحال – نقض أول أكتوبر ١٩٤٦ ج ٧ ص ٩٦٠ . والقضاء الفرنسى أيضاً لم يعتنق النظر الذى ذهبت إليه محكمة النقض عندنا فى جريمة الزنا ، فلم يفترض علم الشريك بزواج من زنا بها بل أوجبت محكمة النقض على النيابة أن تقيم الدليل عليه فإن عجزت لم يكن لإدانة المتهم محل – انظر Garçon : Code pénal annoté, tome II, 1956, art 338 no 7. والأسباب التى تلمسها بعض الفقه عندنا لتبرير قضاء النقض ليست بحاسمة ، فليس ثم ما يوجب أن يكون الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية أو معقوداً بواسطة مأذون بل يكفى فى هذا الصدد الزواج العرفى ومتى ثبت وجوده فهو عقد صحيح تقوم به علاقة الزوجية شرعاً وتترتب عليه آثاره – انظر جريمة الزنا فى القانون المصرى والمقارن الدكتور أحمد حافظ نور ، رسالة دكتوراه ١٩٥٨ ص ١١٤ . فماذا يكون الرأى السليم طبقاً لهذا الفريق من الفقه فى موقف من يزنى بجهله الزوجية ، وهل يقال مع ذلك بافتراض علمه وبالتالى افتراض قصده الجنائى ، أو ترى يقبل منه إقامة الدليل على توافر جهله بقيام « الزوجية » بكافة الطرق فإن قبل انتفى القصد الجنائى لديه حتى لو كان جهله نتيجة إهمال أو غلطه ناجماً عن تقصير ، أى ولو لم يكن أيهما راجعاً لأسباب قهرية أو استثنائية . وهذا القول يصدق بالنسبة لافتراض علم الجانى بحقيقة سن المجنى عليه ووجوب قصر هذا الافتراض على حالة وجود شهادة ميلاد ، فإن كان غير مقيد فى دفتر المواليد وأثبت الجانى جهله أو غلطه فى حقيقة سن المجنى عليه انتفى قصده الجنائى . وهذا كله يتعارض مع منطق قضاء النقض الذى جاء مطلقاً فى افتراض توافر علم الجانى بحقيقة سن المجنى عليه بما لا يحتمل التبعيض أو التمييز .

ويبدو أن القضاء الإيطالى لا يذهب إلى افتراض العلم بالسن الحقيقية ، فقد حكم بأنه متى أكدت المجنى عليها الفاعل فى وقاع جنسى أن سنها يزيد عن السن الذى تعتبر الواقعة فيه جريمة وكان مظهرها يحمل على الخداع فى حقيقة سنها فإن الفاعل إذ يجامعها يعتبر واقعاً فى غلط حول سنها وهذا الغلط ينفى لديه القصد الجنائى – رمسيس بهنام ، النظرية العامة ، المرجع السابق ص ٧٣٢ . ويبدو كذلك أن أحكام النقض الحديثة عندنا تميل إلى هذا الاتجاه ، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع وأنشأ قرينة قانونية بالتعديل المدخل بالقانون ٥٢٢ لسنة ١٩٥٥ على المادة الثانية من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش حين افترض العلم بالغش أو بالفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين . وقد رفع الشارع بهذه القرينة عبء إثبات العلم بالغش أو بالفساد من كاهل النيابة العامة تحقيقاً للمصلحة العامة ومحافظة منه على مستوى الألبان على ما أفصح عنه فى المذكرة الإيضاحية =

لم يعلم الجانى به[١] ؟ إن التطبيق السليم لأحكام القصد الجنائى يقتضى عدم الاعتداد بجهل الجانى أو اعتقاده المخالف للواقع فى هذه الحالة ، وإذا كان من المبادئ الأساسية التى تقوم عليها السياسة التجريمية أنه لا يتصور أن تخلق من الجريمة الوهمية délit putatif جريمة فعلية إذ لا توجد فى قانون العقوبات جريمة تستمد وجودها كواقعة منشئة للمسئولية من محض وهم قام فى مخيلة الجانى وذهنه فحسب ، فالمشرع لايقيم صرح المسئولية على مجرد النوايا والأوهام ومن ثم فلا يستحق الجانى غير العقوبة المخففة للجريمة التى وقعت بالفعل ، ذلك أن الوقائع التى يقوم عليها الظرف المخفف هى عبارة عن عناصر سلبية فى الجريمة العادية أى يلزم انتفاؤها حتى توقع العقوبة العادية ، أما إذا توافرت فقد أصبحنا أمام جريمة تمثل الواقعة القانونية مصدر مسئوليته الجنائية ومن ثم لم يعد من الجائز إقامة مسئوليته على أساس الجريمة ذات العقوبة المشددة التى توهم توافرها ، فالوهم فى هذه الحالة لا يعادل الواقع[٢] . الظرف المخفف الذى يغير من وصف الجريمة إذن لا بد وأن يسرى على الجانى سواء علم به أو لم يعلم قياساً على حالة الجريمة الظنية أو الوهمية ، ويبدو أن مشروع قانون العقوبات المصرى قد أخذ بهذا الرأى فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٢ ثم أكده فى المادة ٥٢[٣] . وغنى

= القانون سالف الذكر ، وهذه القرينة – القابلة لإثبات العكس والتى لا يشترط نوع معين من الأدلة لدحضها – لم تمس الركن المعنوى فى جنحة الغش المؤثمة بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الذى يلزم توافره للعقاب – نقض ١٢ مارس ١٩٦٢ س ١٣ ص ٢١٠ .

(١) مثال ذلك من يطلق عياراً نارياً على شخص فى منزله معتقداً أنه يواصل مربية تعمل فى منزله وكان هو على علاقة جنسية بها فظهر أن المجنى عليها هى زوجة الجانى التى كانت بالفعل فى حالة تلبس بالزنا مع عشيقها انتقاماً من الزوج لعلاقته بالمربية ، فهل تقوم مسئوليته عن جريمة قتل عمد بعقوبتها العادية وهى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، وهى الجريمة التى توهم أنه ارتكبها ، أو يسأل عن القتل العمد فى صورته المعدلة بالمادة ٢٣٧ عقوبات – انظر محمد زكى محمود ، المرجع السابق ص ٢٤٨ .

(٢) « Le putatif n'équivaut pas au réel. » V. Delogu, op. cit N. 403 p. 210.

(٣) راجع رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٣٧١ . وتنص المادة ٤٢ على أنه « وكذلك لا يعاقب من ارتكب فعلا يظن خطأ أنه يكون جريمة » . وتنص المادة ٥٢ على =

عن البيان أن القواعد السابقة تنطبق على الجانى متى كان فاعلا أصلياً للجريمة بمفرده كما تنطبق فى حالة تعدد الفاعلين وفق نص المادة ٣٩ عقوبات مصرى حيث يتحمل كل فاعل عقوبة الجريمة التى وقعت كما لو كان هو وحده الذى ارتكبها . أما بالنسبة للشركاء فى الجريمة فإن أثر جهلهم أو غلطهم فى الظروف التى تغير من وصف الجريمة ، مشددة كانت أو مخففة ، على مسئوليتهم الجنائية يختلف عنه فى الفاعل الأصلى ويحتاج شرحه إلى الاستفاضة التى يضيق عنها نطاق هذا المؤلف(١) .

وبهذه الدراسة نختتم البحث فى الأثر الذى يقرره القانون للجهل بالوقائع بعد أن عرضنا لكل حالة من حالاته بكلمة عاجلة استكمالا لعناصر المبدأ موضوع هذا المؤلف .

المبحث السادس

الجهل بالتكييف

٧٦١ — لا تقتصر عناصر بعض الجرائم على وقائع مجردة عن التكييف بل يعد التكييف الذى تكتسبه هذه الوقائع من بين عناصرها الأساسية ، وفى مثل هذه الجرائم يمثل التكييف عين الأهمية القانونية التى تمثلها الوقائع فى مادياتها . وقد مر بنا أن القصد الجنائى يتطلب علماً محيطاً بكل عناصر الجريمة ، ومن ثم فهو يتطلب بالضرورة انصراف العلم إلى التكييف كما يتطلب إحاطته بالوقائع . والتكييف نوعان : قانونى وغير قانونى ، فالقانونى هو ما كان خلاصة تطبيق فكرة قانونية على الواقعة محل التكييف ، كتكييف المنقول بأنه « مملوك للغير » وتكييف العلاقة بين الجانى والمجنى عليه بأنها علاقة عقدية من قبيل الإيجار أو العارية أو الوكالة وتكييف الوقائع التى تقوم عليها

— أنه « إذا جهل المجرم وجود ظرف مشدد للعقاب فلا يسأل عنه ولكنه يستفيد من العذر ولو جهل وجوده » .

(١) انظر فى تفصيل أثر جهل الشريك أو غلطه فى الظروف التى تغير من وصف الجريمة ، محمد زكى محمود ، المرجع السابق ص ٣٥١ — ٣٥٩ — على بدوى ، القسم العام ، المرجع السابق ص ٢٧٢ — ٢٩٤ — السعيد مصطفى ، القسم العام ص ٢٨٣ — ٣٠٧ — محمود مصطفى ، القسم العام ص ٢٧٣ — ٢٧٩ — رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٣٠٥ — ٣٥٣ .

الجريمة بأنها غير مشروعة فى نظر قانون العقوبات ، إذ يفترض هذا النوع من التكييف تطبيق أحكام الملكية أو قواعد العقد أو نصوص التجريم . أما التكييف غير القانونى فهو ما كان استخلاصه متوقفاً على تطبيق أفكار غير ذات طابع قانونى كتكييف الفعل بأنه « فاضح مخل بالحياء » وتكييف الواقعة المسندة إلى المجنى عليه بأنها « توجب احتقاره عند أهل وطنه » وتكييف حالة المجنى عليه بالجنون ، إذ لا يعدو ذلك أن يكون خلاصة لنظرة الأخلاق إلى الفعل أو لحكم المجتمع على الواقعة أو لتطبيق قواعد الطب على حالة المجنى عليه . ودراسة التكييف القانونى وبيان ما إذا كانت أحكام القصد الجنائى تتطلب إحاطة علم الجانى به أو لا تتطلب ذلك أثارت صعوبات كثيرة وآراء متعددة مما سيكون موضع دراستنا تفصيلا عند كلامنا على الجهل بالقانون على تقدير أن الجهل بالتكييف القانونى إنما ينتج عن الجهل بقواعد القانون التى يؤدى تطبيقها إلى هذا التكييف . أما دراسة التكييف غير القانونى فلا تثير مثل هذه الصعوبات ونلمح إليها فيما يلى :

التكييف غير القانونى

٧٦٢ — تتطلب فكرة القصد الجنائى العلم بالتكييف غير القانونى حيث يعد اكتساب الواقعة هذا التكييف شرطاً لصلاحيتها لتكوين الجريمة . وتبرير هذا الحكم أن التكييف ذاته عنصر فى الجريمة إذ بدونه ينتفى أحد أركان الجريمة وتصبح الواقعة التى تجردت من هذا التكييف غير ذات أهمية قانونية فى تكوين الجريمة . والتكييف عنصر معيارى بحسبانه يفترض حكماً قيمياً يرد على الواقعة ، ولما كانت القاعدة هى وجوب إحاطة العلم بكل عناصر الجريمة كان شمول العلم هذا التكييف باعتباره عنصراً فى الجريمة أمراً لازماً لتوافر القصد الجنائى : فلابد أن يعلم مرتكب جريمة الفعل الفاضح العلنى أن فعله فاضح مخل بالحياء ، ولا بد أن يعلم القاذف أن الواقعة التى يسندها إلى المجنى عليه توجب احتقاره عند أهل وطنه(١) ، فإذا انتفى هذا العلم انحسر القصد الجنائى عن هاتين الجريمتين .

(١) تتابعت أحكام محكمة النقض المصرية منذ سنة ١٩٢٠ بأن القصد الجنائى فى جرائم القذف والسب والإهانة يتوفر متى ثبت علم المتهم بأن العبارات التى وجهها إلى المجنى —

حقيقة التكييف الذى يجب أن يشمله العلم

٧٦٣ – ذهب رأى إلى وجوب الإحاطة بالتكييف الدقيق الكامل للواقعة بحيث يعلم به المتهم على النحو الذى يحدده القاضى حين يحدد حكم القانون فى سلوك هذا المتهم ، فالفرض أن للتكييف معنى تحدده القواعد العلمية ويأخذ به القاضى سواء أكان هذا العلم متوافراً لديه أم تطلب منه أن يستعين برأى أهل الخبرة . هذا المدلول الدقيق المحدد يجب أن يحيط به علم الجانى وإلا انتفى لديه القصد الجنائى ، وهو ما يتأدى منه قصر مجال الإجرام على العلماء وبالتالى تعطيل تطبيق أحكام القانون وتفويت أهداف الشارع منه . والرأى الصحيح فى هذا الموضوع هو أن القانون يتطلب علم المتهم بالتكييف على النحو الذى يفهم به فى البيئة التى ينتمى إليها ، فالفرض أن لكل تكييف يتطلب القانون اتصاف الواقعة به معنى عرفياً تحدده الأفكار والتقاليد والخبرة السائدة فى البيئة التى ينتمى إليها المتهم الذى يتأثر دون شك بهذه الأفكار والتقاليد والخبرة فى فهم الأمور والحكم عليها ، فإذا علم المتهم بالتكييف محدداً على هذا النحو فقد توافر القصد الجنائى لديه : فإذا تطلب القانون علم المتهم بكون الفعل فاضحاً مخلا بالحياء فهو لا يتطلب علمه بهذا التكييف على النحو الذى يحدده به علماء الأخلاق أو الاجتماع ، ولا يكتفى بمجرد العلم بآثار الفعل وبالصورة المادية التى يتخذها والتى قد لا يستطيع أن يستخلص منها حكماً على فعله ، بل يتعين علم المتهم أن فعله يؤذى شعور الحياء كما تحدده تقاليد وعرف البيئة التى ارتكب فيها الفعل . وهذا الرأى يكفل لأحكام القصد الجنائى التطبيق السليم . فهو يجعل من تطلب العلم بالتكييف غير القانونى عنصراً جدياً فى القصد الجنائى بحيث ينتفى إذا لم يتوافر هذا العلم ، ويحدد التكييف على النحو الذى

= عليه من شأنها أن توجب احتقاره أو تنقص من شرفه أو كرامته ، ويستفاد هذا العلم من كون الألفاظ والعبارات المستعملة شائنة بذاتها – نقض ٤ يناير و ٥ يونيه ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ وج ٣ ص ٤٠٢ وص ١٩١ على التوالى و ٢٥ أكتوبر ١٩٤٢ و ٨ مايو ١٩٤٤ ج ٦ ص ٤٨٢ . أما حسن النية فأمر آخر يجب عدم الخلط بينه وبين القصد الجنائى إذ حسن النية لا يعفى من العقاب إلا إذا اقترن بإثبات صحة الواقعة المسندة إلى المجنى عليه الموظف ومن يكون فى حكمه فإذا عجز القاذف عن هذا الإثبات فلا يفيده حسن نيته – نقض ١١ يونيه ١٩٣٤ ج ٣ ص ٢٦٣ .

يستطيع الجانى أن يعلم به ويضعه فى الصورة التى تكتسب بها الواقعة الدلالة الاجتماعية التى تجعلها ذات خطورة على القيم السائدة فى المجتمع وجديرة لذلك بأن تجعل من الواقعة عنصراً يدخل فى تكوين الجريمة[1] .

المبحث السابع

الجهل بالقانون

المطلب الأول

الأصل التاريخى للمبدأ

٧٦٤ – يخلص لنا من دراسة تاريخ القانون[2] أن الغرض الرئيسى من وضع قانون الألواح الاثنى عشر عند الرومان إنما كان توحيد النظم القانونية التى كانت سائدة قبل وضعه لتسرى على الأشراف والعامة على حد سواء ، ذلك أن الأقلية من الأشراف ورجال الدين كانت تستأثر وحدها بالعلم بتلك النظم والقواعد القانونية وتضرب حولها نطاقاً من السرية يمنع تسربها إلى من هم دونها حتى تستقل بتفسيرها بما تتفق ومصالح طبقتها مستغلة « جهل العامة » واقعياً بتلك القواعد والنظم مما دفع العامة إلى المطالبة بنقلها من السجلات السرية وتدوينها من جديد فى نصوص ظاهرة معلنة على اثنتى عشرة لوحة تنصب فى الساحة الكبرى بمدينة روما ليطلع عليها من يشاء ، ومن ثم « لم يعد من المفروض فى أحد جهله بالقـانون memo jus ignorare censitur » ، وهو المبدأ الذى تفرع عنه مبدأ « لا أحد يجهل القانون الجزائى memo jus ignorare légem penalum » ، وذلك لأنه لم يعد يقبل من أحد – لتفادى العقاب – أن يدعى بجهله بالقواعد الجنائية

---

(١) ويؤيد الدكتور محمود نجيب حسنى هذا الرأى ويقول بشأن جريمة القذف إن القانون يتطلب علم المتهم بأن الواقعة تمد طبقاً لتقاليد البيئة وعرفها وطريقة تفكير من يعيشون فيها أساساً لازدراء المجنى عليه والحط من كرامته – راجع مقاله السابق .

(٢) انظر الأستاذ على بدوى ، أبحاث التاريخ العام للقانون ، ج ١ ، تاريخ الشرائع ١٩٤٧ ص ٣٣ و ٩٥ و ١٠١ و ١٠٨ – الدكتور زكى عبد المتعال ، تاريخ النظم ١٩٣٥ ص ٢٦٤ والمراجع المشار إليها بها .

إذ لم يعد مفروضاً فى أحد جهله بتلك القواعد فضلا عن أنه لم يكن من المتصور أن يثور الدفع بالجهل بالقانون أو الغلط فيه لأن القانون كان شكلياً ولم تكن فكرة النية أو القصد قد عرفت بالنسبة للجرائم بالذات ، فما دام الفعل قد وقع ونجم عنه ضرر ، فعلى مرتكبه أن يتحمل العقوبة .

٧٦٥ – ظهرت بعد ذلك ، إلى جانب الرومان من أشراف وعامة ، طبقة أخرى عرفت بطبقة « الأجانب » لم يكن لها فى الأصل قانون معروف ، ولم يكن قانون الألواح الاثنى عشر وبقية النصوص اللاحقة عليه قابلا لأن يسرى عليها ، فأنشئت سنه ٣٤٢ ق.م. وظيفة حاكم قضائى خاص بالأجانب « بريتور » ينتخب سنوياً مثل « البريتور » الخاص بالرومان ، اضطر إلى إنشاء نظم وأحكام قانونية ، يطبقها فيما يعرض عليه من أقضية ، استمدها من الأحكام والنظم السارية فى معظم الأمم المجاورة ومن التقاليـــد المشتركة فى البلاد المختلفة ومن مبادئ « العدالة » . وقد تكونت مجموعة من الأحكام القانونية التى أصدرها هؤلاء الحكام أصبحت بمثابة قواعد خاصة بالأجانب سميت « بقانون الشعوب » الذى تميز بخلوه من الرسميات والشكليات والطقوس إلى حد أنه تفوق على قانون المدينة **jus civile** بعدالة مبادئه وسهولة إجراءاته مما ولد الحاجة إلى تطبيقه على الرومان أنفسهم وتوسل « سيسرون » بلوغاً لهذه الغاية بفكرة « القانون الطبيعى **jus naturale** » التى كانت قد استحدثتها الفلسفة اليونانية ، وقال فى تعريفه إنه مجموعة المبادئ المطابقة للعقل وليس ثمة حاجة إلى تدوينها أو نشرها حتى يعلم بها الكافة لأنها بطبيعتها معروفة لهم(١) ولا يمكن أن يفترض فى أحد جهله بها ولا يعذر أحد إذا ادعى هذا الجهل لأنه يستطيع أن يدركها ويهتدى إليها تلقائياً بذلك العقل الإلهى العالمى الذى ينعم كل فرد بجزء منه يودع فى نفسه .

٧٦٦ – ثم كان أن ظهرت – نتيجة اتساع مجال تطبيق قانون الشعوب الخالى من الشكليات – فكرة « حسن النية **bona fede** » ومن تطبيقاتها إبطال العقد الذى يشوبه غش من أحد الطرفين والأخذ بفكرة « عيوب الرضا » تلك العيوب التى منها الجهل والغلط الذى يقع فيه الأشخاص وكانا

(١) Radulesco : l'influence de l'erreur, thèse Paris 1923 p. 52.

مقصورين بادئ الأمر على الجهل أو الغلط فى « الوقائع » ، أما الجهل أو الغلط فى « القانون » فلم يكن مقبولا الاعتداد به كسبب من أسباب حسن النية فى المعاملات . أما بالنسبة للقواعد الجنائية فقد بدأت فكرة حسن النية تتسرب كذلك إلى أحكام المسئولية الجنائية والعقاب ، وأصبح القصد السيئ **Dolus malus** أو الإرادة غير المشروعة أساساً لقيام الجريمة وركناً فيها(١) . وكان يلزم لتوافر القصد فى ذلك العهد ثبوت علم الجانى « بالوقائع » التى تتكون منها الجريمة وبالمصدر « القانونى » أو الأخلاقى الذى أنشأها . ومن ثم فقد كان من الممكن الاعتداد بالجهل أو الغلط بالوقائع التى تتكون منها الجريمة لنفى القصد ولإثبات « حسن النية » ، أما الجهل أو الغلط فى القانون الجنائى فلم يكن ممكناً الاعتداد به لأنه أصبح من غير المفروض فى أحد الجهل بأحكام القانون الرومانى الوضعى بعد أن أصبح علنيا ، كما أنه من المفروض فى كل شخص أن يعلم بقانون الشعوب المستمد من القانون الطبيعى الذى يهتدى إليه العقل ويدركه تلقائياً . وكان المبدأ ، مبدأ عدم افتراض الجهل بالقانون ، يحتفظ بصرامته وإطلاقه بالنسبة للجميع فيما يتعلق بأحكام قانون الشعوب ، أما بالنسبة للقانون الوضعى فقد كانت حالة البعض الشخصية تعتبر « قرينة إثبات » على أنه لا يزال يفترض فيه الجهل بأحكام هذا القانون .

٧٦٧ – وفى غضون القرون الوسطى اصطبغت فكرة « القانون الطبيعى » بصبغة دينية تحت تأثير نفوذ الكنيسة التى فرق فلاسفتها بين القانون الإلهى والطبيعى والوضعى ، ولهذا برر الشارح فاريناسيوس **Farinacius** بقاء مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الجنائى على أساس فكرة التفرقة بين الجرائم التى يرجع أصل تجريمها إلى قواعد القانون الطبيعى أو القانون الإلهى ، وهذه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهلها بصفة مطلقة لأنها قواعد يستطيع كل شخص أن يدركها بوحى من عقله ، والجرائم التى يرجع تجريمها إلى قواعد « القانون الوضعى » وهذه أيضاً لا يجوز الاعتذار بالجهل بها كقاعدة عامة وإن كان ليس ثم ما يمنع من قبول الاعتذار بالجهل بها من أى فرد على أساس أنه عذر أو سبب مخفف للعقاب فحسب شريطة أن يثبت

(١) الدكتور عبد المهيمن بكر ، القصد الجنائى ، رسالة دكتوراه ١٩٥٩ ص ١٥ .

جهله بها وأن وقوعه فى هذا الجهل لم يكن ناتجاً عن إهمال أو تقصير منه بل كان جهلا حتمياً لا يمكن تفادى الوقوع فيه .

٧٦٨ — وبعد ظهور الدول الحديثة بدأ القانون الطبيعى يظهر فى ثوب آخر ولا سيما بعد تحرر السلطات المدنية من نفوذ الكنيسة ، فعرفه الفقيه الهولندى جروسيوس **Grotius** فى القرن الثامن عشر بأنه مجموعة القواعد التى يوحى بها العقل القويم والتى بمقتضاها يحكم على عمل ما بأنه ظالم أو عادل تبعاً لكونه مخالفاً أو موافقاً لمنطق العقل . وتوجد إلى جانب هذه القواعد الطبيعية قواعد أخرى مدنية أو وضعية من صنع الإنسان استوحى منها جانب كبير من القانون الطبيعى ولهذا فإن كل شخص عاقل لا بد أن يهتدى إليها ويعرفها بطريقة ذاتية . ومن ثم فإن هذا البعض عندما عرض لبحث أثر الجهل أو الغلط فى القواعد الجنائية على المسئولية ، فرق بين الجرائم التى يرجع تجريمها إلى القوانين الطبيعيـة وتلك التى يرجع تجريمها إلى القوانين الوضعية : فبالنسبة للأولى فلا يجوز لمن يتمتع بميزة العقل أن يدفع بجهله أو غلطه فيها لأنها قواعد مصدرها العقل الطبيعى ، وعلى ذلك فإذا لم يكن المتهم متمتعاً بذلك العقل جاز قبول اعتذاره بجهله إياها وبالتالى يعفى من المسئولية الجنائية كما يعفى منها عن الجرائم الأخرى التى ترجع إلى القوانين الوضعية لذات السبب . أما بالنسبة للثانية فما كان منها مستوحى من القانون الطبيعى عومل معاملته ، أما القوانين الوضعية « البحتة » فهذه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهلها أو الغلط فيها إلا إذا كان جهله « حتمياً » كما لو كان الشخص قد بلغ درجة معينة من السذاجة وعدم الخبرة والتعليم(١) .

المطلب الثانى

المبدأ فى الفقه الغربى

فى فرنسا

٧٦٩ — تواترت الآراء بعد ذلك على أساس فقه جروسيوس ، فنجد

(١) راجع فى تفصيل هذه الآراء : محمد زكى محمود ، المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيه وأخصها **Rauter, Traité théorique et pratique de droit criminel, Tome I. N. 61-Varcilles-Sommières, Etude sur l'erreur en droit Romain et en droit Français, p. 463.**

جوس **Jousse** فى فرنسا يردد فكرة التفرقة بين جرائم القانون الطبيعى وجرائم القانون الوضعى عند دراسته « حسن النية » الذى كان يرده إلى الجهل بالوقائع التى تتركب منها الجريمة ، أو إلى الجهل بالقانون : ففيما يتعلق بالجهل بالوقائع كان يرى أن ثبوت جهل المتهم بأية واقعة من وقائع الجريمة ينفى القصد نفياً تاماً سواء كان الجهل راجعاً إلى خطأ أو إهمال من الجانى أو لا مع تحفظ مفاده أنه إذا كان الخطأ يسيراً فإن القصد ينتفى وتنتفى المسئولية الجنائية ، أما إذا كان جسيماً مثل جنائياً على أساس مسئولية تقصيرية لا عمدية .

أما فيما يتعلق بالجهل بالقانون الجنائى فإنه يمكن أن ينفى القصد أيضاً إذا لم يكن سببه راجعاً لإهمال جسيم من الجانى ، ويكون الإهمال جسيماً إذا كان مصدر التجريم القانون الطبيعى أو الإلهى ، فعندئذ لا ينتفى القصد .

٧٧٠ — وتمسك الفقيه **Myuart de Vouglans** بالتفرقة بين جرائم القانون الطبيعى الذى لا يقبل الاعتذار بجهله دون استثناء ، وجرائم القانون الوضعى الذى يجوز لبعض الأشخاص الاعتـذار بجهله بسبب حالتهم الشخصية التى لا تمكنهم بحال من العلم بأحكامه على الرغم من نشرها ، وهؤلاء هم القصر والنساء والجنود والمسافرون إذ يستحيل عليهم أثناء مرورهم فى الدولة أن يعلموا بقوانينها أما إذا أقاموا فترة من الوقت تكفى للعلم بها لم يجز لهم الاعتذار بجهلها لأن عدم علمهم بها رغم مضى تلك الفترة يعتبر إهمالا من جانبهم .

وبمثل هذا قال الفقيه جويو **Guyot** مع تعديل طفيف يتمثل فى حرية القاضى فى تقدير ثبوت الجهل بالقوانين الوضعية بالنظر إلى شخصية المتهم ومدى سذاجته وثقافته ووسطه الاجتماعى ، وآخذاً فى الاعتبار مدى بعد أو قرب القاعدة الجنائية الوضعية من قواعد القانون الطبيعى ، فكلما قربت منها استبعد إمكان الاعتذار بجهلها وكلما ابتعدت أمكن الاعتداد بجهل المتهم بها .

٧٧١ — أما الفقيه باستوريه **Pastoret** فقد خرج على الفقه السائد فى عهده ذاهباً إلى أنه لما كانت القاعدة العامة تقضى بضرورة توافر قصد الجانى ارتكاب الجريمة ، وكان القصد هو إرادة ارتكاب الفعل الذى « حرمته

القوانين الجنائية » ، فإن النتيجة المنطقية لذلك هى أنه يلزم لوجود هذا القصد ثبوت علم الجانى بتلك القوانين الجنائية ، فإذا ثبت جهله بها انتفى القصد الجنائى فلا مسئولية ولا عقاب .

٧٧٢ — جاء بعد ذلك فى منتصف القرن التاسع عشر الفقيه روتير Rauter ليسلم بدوره بفكرة « لا جريمة بدون قصد » ولكنه يخرج على النتيجة المنطقية التى توصل إليها باستوريه فنجده يقرر أن القانون الجنائى يعتبر معلوماً للكافة بمجرد نشره ولا يهم بعد ذلك أن يعلم به الكافة علماً حقيقياً أو لا . وفى الربع الأخير من هذا القرن تناول الفقيه فارى سومبير Vareilles-Sommières دراسة الغلط وأثره عند ما ينصب على القوانين المدنية وعلى القوانين الجنائية . وقد تأثر فيما يتعلق بهذه الأخيرة بالفكرة التى كانت سائدة فى عصره والتى كانت تفرق بين جرائم القانون الطبيعى وجرائم القانون الوضعى ثم يستدرك فيستثنى الحالات التى يثبت فيها توافر « قوة قاهرة » تحول دون العلم بالقوانين بعد نشرها ، تلك القوانين التى تجرم بها السلطات أفعالا ابتغاء تنظيم المجتمع طبقاً لسياسة محلية معينة . بيد أن الشارح أورتولان Ortolan نحا منحى آخر حين هاجم الفكرة القائلة بأن نشر القوانين فى الجريدة الرسمية يعتبر « قرينة إثبات قانونية » على علم الكافة بتلك القوانين مما يبرر قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فنجده يقرر أن هذه الفكرة لا تصلح لتدعيم بقاء تلك القاعدة لأن القرينة فى معناها الأصلى هى النتيجة المنطقية المترتبة على عملية استنتاج عقلى للعلم بواقعة مجهولة من واقعة معلومة بحيث يكون الاستنتاج ضرورياً بحكم رابطة التلازم بين الواقعتين ، فإذا كان هذا هو معنى القرينة فهل هناك تلازم ضرورى وعقلى بين واقعة نشر القوانين وواقعة علم الكافة بها ؟ هل يمكن عقلا اعتبار النشر « قرينة إثبات فعلية » على علم الكافة بالقوانين ؟ ثم كيف يمكن لأى عقل أن يحكم عن طريق الاستنتاج المنطقى أن المسافر الذى يصل تواً إلى إقليم دولة أجنبية مفروض فيه أن يعلم بكل القوانين التى نشرت فى تلك الدولة بمقولة إن نشرها قرينة على العلم بها ؟ ثم نراه يصل من ذلك إلى التبرير الذى يراه سليماً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقوانين الجنائية فيقول إن هذا التبرير يكمن فى فكرة الواجب أو الالتزام الذى يقع على عاتق كل فرد بأن يعلم بالقوانين بعد نشرها بعد أن

قامت الدولة من جانبها بالواجب المفروض عليها قانوناً وهو نشر تلك القوانين فمكنت بذلك الكافة من الإحاطة والمعرفة بها بأيسر السبل وبقى أن يقوم الفرد بدوره بتنفيذ التزامه الشخصى بأن يعلم بالقانون الذى نشرته الدولة وأتاحت له طريق العلم به ليقف على ما هو محرم فيتجنبه ويعرف ما هو مباح فيأتيه إن شاء . ويترتب على هذا أن القانون يعتبر سارياً ومطبقاً applicable على كل فرد بعد انقضاء المدة القانونية على نشره دون التفات لثبوت توافر علم الفرد الفعلى بهذا القانون أو جهله به ، وبالتالى أصبح ممتنعاً عليه اعتذاره بجهله بالقانون الجنائى لأنه « كان عليه أن يعلم » ولا سيما إذا كانت الجرائم من ذلك النوع الذى تجرمه أيضاً قواعد الأخلاق والضمير العام ، هذا التجريم الذى يستشعره حتماً ضمير الجانى . وأخيراً يستدرك هذا الفقيه فيعطى للقاضى مع ذلك حق تقدير موقف المتهم الذى يوجد فى ظروف شاذة تحول دون قيامه بواجب العلم ، لا توصلا إلى نفى المسئولية الجنائية على أساس أن الجهل بالقانون يمنع من قيامها ، وإنما على اعتبار أن الجهل فى هذه الحالة لا يعدو كونه سبباً من أسباب « تخفيف العقاب » فحسب .

٧٧٣ — وفى نهاية القرن التاسع عشر استمسك الفقيه لابورد Laborde(1) بفكرة « المصلحة العامة » تبريراً للمبدأ مستبعداً كافة الاستثناءات قولا إننا نستبعد أى فرصة للاعتذار بالجهل بالقانون الجنائى ولو كان مرده البيئة الاجتماعية التى يعيش فيها الجانى والتى تكون فرضت عليه عدم التعليم والثقافة ، ذلك أن معنى علم الأشخاص بالقانون الجنائى لا ينصرف إلى ذلك العلم الدقيق محدداً على النحو الفنى المصطلح عليه لدى المشتغلين بالقانون ، إنما هو مجرد إدراك لفكرة عامة مبسطة بأن ثمة قانوناً يحرم ارتكاب فعل معين ، ولو قلنا بغير ذلك لأصبحت قواعد القانون الجنائى عديمة القيمة من الناحية الفعلية . والحالة الوحيدة التى يعتد فيها هذا الفقيه بالجهل بالقانون الجنائى هى حالة « استحالة » العلم بالقانون استحالة مادية مطلقة كوجود قوة قاهرة حالت دون وصول الجريدة الرسمية مثلا إلى جزء من إقليم الدولة مثل حدوث فيضان فيه أو احتلال العدو له .

(١) Laborde, Cours de droit criminel.

٧٧٤ ــ وجاء جارسون Garçon [1] فى أوائل القرن العشرين منادياً بالإبقاء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الجنائى أو الغلط فيه[2] قائلا فى ذلك « من المسلم أن الجهل بالقانون الجنائى أو الغلط فى تفسيره لا يمكن أن يبرر ارتكاب أية جريمة وذلك تطبيقاً لقاعدة « المفروض فى كل شخص علمه بالقانون » وهى قاعدة تطبــق فى الجرائم العمدية . وبالنسبة للجرائم غير العمدية فإن القاعدة يسهل تبريرها لأنه يمكن اعتبار المتهم قد ارتكب خطأ لمجرد أنه جهل بالقانون الجنائى لتقصيره فى معرفته ومن ثم تقوم مسئوليته عن الجريمة غير العمدية ، أما فى حالة الجرائم العمدية حيث يتطلب الشارع للعقاب عليها توافر القصد لدى الجانى فقد يبدو متعذراً إمكان التوفيق بين المبدأ وبين فكرة القصد التى تتطلب انصراف إرادة الجانى إلى ارتكاب الجريمة بالشروط التى نص عليها القانون ، أى إرادة الاعتداء على الحق الذى يحميه القانون ويعاقب على انتهاكه ، تلك الفكرة التى تتطلب أن يكون الجانى عالماً بالقانون الذى يحرم الاعتداء على هذا الحق . بيد أنه يمكن تذليل هذه الصعوبة فى أغلب الجرائم لأن الأفعال التى يجرمها المشرع كثيراً ما تكون متفقة وتعاليم الأخلاق التى يشارك الجانى غيره من أبناء المجتمع فى العلم بها ، ولذلك فالجانى حين يقترف الفعل المكون للجريمة يدرك استهجان المجتمع له كما يدرك ما تضمنه فعله من عدوان على حقوق الغير فيدرك بالتالى أن القانون الجنائى لا بد وأن يكون قد جرمه . وهذا القول لا يصدق بطبيعة الحال على عدد كبير من الأفعال المجرمة التى لا تتناقض مع مبادئ الأخلاق والتى يغلب أن يجهل مقارفها تجريم القانون لها فيرتكبها على أنها مشروعة[3] ، بل إن العلم بتجريم مثل هذه الأفعال قد لا يتوافر لدى بعض المشتغلين بالقانون . ولهذا فإن المبدأ بالنسبة لهذه الجرائم لا يمكن تبريره إلا على أساس

(١) Garçon, Code pénal annoté, art 1. N. 85 et suiv.

(٢) والجهل بالقانون هو أن يعتقد الجانى حين يأتى فعله عدم وجود نص يجرمه ، والغلط فيه أن يعلم وجود النص ولكن يفسره تفسيراً خاطئاً بحيث يخرج فعله من نطاق أحكامه

Garraud : op. cit., vol. 1 n. 307 p. 602.

(٣) Barrail : Déclarations au Colloque des facultés de droit ; Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1954 p. 211.

آخر يتحصل فى أن نشر القوانين التى تجرم هذه الأفعال يعد « قرينة إثبات » على علم الكافة بها ، وهى قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ولو لم يتضمن القانون الجنائى النص عليها[1] مع استثناء حالتين : أولاهما حالة وجود ظروف شاذة استثنائية تحول دون العلم بالقانون استحالة مادية ، وثانيتهما حالة المادة الرابعة من المرسوم الصادر فى ٥ نوفمبر ١٨٧٠ والتى تقرر أن للمحاكم والسلطات الإدارية والحربية أن تقبل وفقاً للظروف الدفع بالجهل بالقانون الذى يتمسك به من تنسب إليهم المخالفة إذا كانت قد ارتكبت خلال ثلاثة أيام كاملة تبدأ من تاريخ الإصدار .

٧٧٥ ــ وأخيراً يمكن القول بأن افتراض علم الكافة بالقانون الجنائى بعد نشره فى الجريدة الرسمية وفوات المدة المقررة دستورياً أصبح هو الرأى السائد فى فرنسا حتى وقتنا هذا من القرن العشرين سواء فى الفقه أو القضاء . ولا يتضمن قانون العقوبات الفرنسى نصاً يقرره ولكنه يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة الرابعة من مرسوم ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٠ سالف الذكر الذى يعنى أن الدفع بالجهل بالقانون لا يقبل فى غير الحالة التى وردت به ، وأن افتراض العلم بالقانون يجب أن تسلم به المحاكم . وتعتمد محكمة النقض الفرنسية فى تدعيم هذا الافتراض على نص المادة ٦٥ من قانون العقوبات الفرنسى التى تقضى بأن الجريمة لا تباح وأن العقوبة لا تخفف إلا فى الحالات التى يقرر القانون فيها اعتبار الفعل مباحاً أو توقيع عقوبة أقل شدة . وتستخلص المحكمة من هذا النص أن القانون يحدد أسباب الإباحة وأسباب استبعاد العقاب على سبيل الحصر ، وبالنظر إلى أنه لم يعتبر الجهل بالقانون من بين هذه الأسباب فإنه لا يجوز للمحاكم أن تعتد به وتبرئ المتهم على أساسه[2] .

المبدأ فى ايطاليا

٧٧٦ ــ يكاد يجمع الفقه فى إيطاليا على الإبقاء على مبدأ « عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الجنائى » استناداً إلى فكرة « الالتزام بالعلم » .

(١) " La régle « nul n'est censé ignorer la loi » est une présomption juris et de jure sans laquelle le droit pénal ne se comprendrait pas ".

(٢) Cass. chambres réunies : 18 Juillet 1889 S. 89—I—718.

فذهب كرارا Carrara فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر إلى أن القواعد الأساسية للمجتمع تحتم افتراض علم الكافة بالقانون الجنائى ، أو بالأحرى هى تفرض على الأفراد الالتزام بالعلم بالقانون إلا فى أحوال خاصة كحالة الأجنبى الذى يصل تواً إلى إقليم الدولة ويرتكب فعلا من الأفعال التى تجرمه قوانينها إذ تنتفى مسئوليته إذا لم يكن قانون دولته يؤثم الفعل الذى قارفه .

وقد اعتنق من بعده مانتسينى Manzini فى العقد الأول من القرن العشرين الفكرة نفسها ، فتراه يقول إن القانون أنشأ التزاماً على كل من يتواجد على إقليم الدولة أن يعلم به . والقوة الملزمة للقاعدة القانونية تفرض بذاتها على الأفراد التزام العلم بها ، ومن ثم العمل بها والسير على مقتضاها ، فالشارع حين يضع قواعد القانون إنما يستهدف فى المقام الأول التزام كل الأفراد بها إذ يرى فى خضوعهم لأحكامها السبيل الوحيد لتنظيم المجتمع على نحو سليم . أما توقيع الجزاء على من يخرج على تلك القواعد فهو أمر يأتى فى مرتبة تالية ، ولذا كانت القواعد القانونية ملزمة بطبيعتها وبغير هذا الإلزام تصبح القاعدة القانونية مجردة من القيمة فتغدو مجرد نصيحة ، وعلى ذلك فإن مصدر التزام الأفراد هو فكرة القانون نفسه . بيد أن هذا الالتزام لا يتصور قيامه إلا إذا قام إلى جانبه التزام آخر هو « التزام بالعلم بالقانون » ، فلا يتصور أن يكلف بالخضوع للقاعدة القانونية من يجهل أحكامها ومن أجل ذلك كان الالتزام « بالخضوع للقانون » يفترض بالضرورة الالتزام « بالعلم به » ، وبعبارة أخرى فإن تكليف الشارع الأفراد بالأحكام الموضوعية التى تضمنتها القواعد القانونية فى ذاتها يجب أن يسبقه التكليف بالعلم بها فيبذل المخاطب بالقواعد القانونية كل ما فى وسعه لتتحقق له الإحاطة بها .

٧٧٧ — ويعرف القانون الإيطالى المبدأ موضوع دراستنا ، فالمادة الخامسة من قانون العقوبات الإيطالى تقره صراحة حين تقضى بأنه لا يستطيع أحد أن يتمسك كعذر له بالجهل بالقانون الجنائى(1) .

---

(١) وقد رأينا أن الشارع الإيطالى يقرر فى المادة ٤٧ حكم الغلط فى قانون غير قانون العقوبات وسنعرض له عند الكلام على التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى .

المبدأ فى ألمانيا : نظرية القصد الخالصة

٧٧٨ — تعتمد هذه النظرية على المنطق السليم ، فهى تستخلص من فكرة القصد الجنائى ذاتها النتائج الحتمية التى لا مفر من التسليم بها ، فإذا كان القصد الجنائى إرادة اتجهت إلى مخالفة القانون فإن العلم بالقانون عنصر جوهرى لا بد منه كى يتوافر القصد الجنائى . والعلم الذى يتطلبه أصحاب هذه النظرية هو العلم اليقينى لا المفترض ، فهى نظرية تجابه الحقائق ولا تستعين بالمجاز أو القرائن ولا تتردد فى التسليم بالنتائج العملية التى يحتمها المنطق . ولكن يعيب هذه النظرية تجاهلها مصلحة المجتمع وإهمالها الاعتبارات العملية التى تقتضى كفالة تطبيق أحكام القانون ، فالحالات التى يثبت فيها جهل المتهم بالقانون الذى خالف أحكامه ليست نادرة ، والعبء الذى تحمّله سلطة الاتهام لو ألزمناها إقامة الدليل على علم المتهم بالقانون هو عبء ثقيل قد لا تنجح فى إثباته ، وهو ما يؤدى إلى تبرئة المتهم فى كثير من الحالات مما يعطل تطبيق عدد كبير من نصوص القانون . ومن أجل ذلك قال بعض دعاة هذه النظرية إنه يتعين على الشارع أن يضع قاعدة عامة تقضى بالعقاب المخفف على كل جريمة ، عمدية فى أصلها ، إذا لم يتوافر لدى مرتكبها العلم بالقانون ولكن كان ذلك فى إمكانه . بيد أن الأخذ بهذا الرأى يتطلب تعديلا أساسياً فى أحكام القانون لا يبرره غير إتاحة السبيل لتطبيق هذه النظرية ، وهو اعتبار لا يكفى وحده لتبرير ذلك . وقد قال بهذه النظرية فى القرن العشرين كارل بندنج Karl Binding وتبعه ناجلر Nagler وآخرون .

نظرية القصد المقيدة(1)

٧٧٩ — تعتبر هذه النظرية ، كسابقتها ، العلم بالصفة الإجرامية ، والعلم بالقانون عنصراً جوهرياً من عناصر القصد الجنائى وتقول تبعاً لذلك بانتفاء القصد الجنائى إذا تخلف العلم بالقانون ، ولكنها لا تقف عند هذا الحد بل تأخذ

---

(١) راجع مقال الدكتور نجيب حسنى سالف الذكر والمراجع الألمانية المشار إليها فيه . وهو يطلق على هذه النظرية « نظرية العلم المقيد » بعكس سابقتها التى يطلق عليها نظرية « العلم المطلق » وقد اعتمدنا فى بسط موقف الفقه الألمانى من المبدأ موضوع الدراسة على مقال هذا الفقيه .

بقيد خطير تحد به من أهمية العلم بالقانون فتذهب إلى عدم الاعتداد بالجهل بالقانون إذا كان مستنداً إلى رأى للجانى لا تقره عليه مبادئ القانون . وبعبارة أخرى ، الجهل بالقانون نوعان : نوع ينتى القصد الجنائى لأن القانون يعتد به ، وهو يستند إلى فكرة فى التفرقة بين الأفعال المشروعة وغير المشروعة تتفق ونظرة الشارع إليها ، ونوع لا ينتى القصد الجنائى لأن القانون لا يلتمس للجانى فيه عذراً ، وهو يستند إلى فكرة ينكرها الشارع ويراها تناقض قواعد القانون وتعارض النظام الذى يضعه للمجتمع . ورائد هذه النظرية مزجر Mezger الذى يعبر عن فكرته بقوله : « يظل القصد الجنائى متوافراً إذا استند انتفاء العلم بالصفة غير المشروعة للفعل إلى فكرة غير صحيحة فى أصلها عن المشروع وغير المشروع » ، وعبر عن موقف الجانى حين يجهل القانون على هذا النحو بأنه موقف « العداء نحو القانون » على تقدير أنه يتخذ موقفاً لا يقره القانون عليه . وتؤدى هذه النظرية إلى اعتبار إمكان العلم بالقانون معادلاً للعلم الفعلى به ، ذلك أن جهل الجانى بالصفة غير المشروعة للفعل جهلاً لا يقره عليه القانون يعنى أن القانون كان يوجب عليه العلم بها بحيث يعد الجهل مناقضاً للواجبات التى يلزمه بها القانون ، ولا يفرض الشارع مثل هذا الواجب إلا إذا ثبتت استطاعة الجانى الوفاء به ، أى ثبت أن فى استطاعته العلم بالقانون وبالتكليف غير المشروع الذى يتصف به الفعل (١) . ومن ثم فإن هذه النظرية لا تعتبر العلم بالقانون عنصراً نفسياً يجب توافره حقيقة بل تعتبره عنصراً قانونياً بحيث يغنى تطلب القانون توافره عن أن يتوافر حقيقة ، وبذلك لا ينتى القصد الجنائى إلا إذا كان الجهل بالقانون حيث لا إلزام بالعلم به لأن هذا العلم ليس فى استطاعة الجانى وحينئذ تنتفى المسئولية الجنائية عمدية كانت أو غير عمدية . وتفسير انتفاء المسئولية العمدية هو تخلف القصد الجنائى ، أما تفسير انتفاء المسئولية غير العمدية فهو أن جهل الجانى لم يكن منطوياً على خطأ لأن القانون لا يكلف بمستحيل . وحجة

(١) فكلما انتفى العلم وثبت إمكانه عد القصد الجنائى متوافراً حالة أنه يكون منتفياً طبقاً لنظرية القصد الخالصة ولا يسأل الجانى سوى مسئولية غير عمدية إن كان القانون يعاقب على فعله كجريمة غير عمدية .

هذه النظرية أن الأصل توافر العلم بالصفة الإجرامية ، فتلك نتيجة حتمية تستخلص من فكرة القصد الجنائى ذاتها ، بيد أن الجهل بهذه الصفة لا ينتى القصد الجنائى إذا كان القانون لا يقر هذا الجهل . وتفسير ذلك أن الجهل بالصفة غير المشروعة هو اعتقاد بأن الفعل مشروع ، وهو بهذه المثابة رأى يعتنقه الجانى ، فإذا تبين أن هذا الرأى يناقض وجهة نظر القانون فإن ترجيح وجهة نظر القانون وإهمال رأى الجانى تبعاً لذلك يكون متعيناً . وواضح أن هذه النظرية تفضل من الناحية التطبيقية نظرية القصد الخالصة إذ هى لا تقر البراءة فى كل حالة يثبت فيها الجهل بالقانون ، ولا تقول بالمسئولية غير العمدية حين يثبت إمكان العلم به ، فيتوافر بذلك القصد الجنائى فى حالات كثيرة تنفيه فيه تلك النظرية الأخيرة . ولكن يعيب هذه النظرية أنها تقيم القصد الجنائى على أفكار مستمدة من الخطأ غير العمدى ، وتخلط بين القصد الجنائى والخطأ غير العمدى وتجعل الفصل بين عناصر كل منهما غير ممكن ، وبذلك تبدو فكرة القصد الجنائى غير متناسقة العناصر وقائمة على أسس لا يجمع بينها شيء . وهكذا يتضح التناقض بين أجزاء هذه النظرية : فاعتبار العلم بالقانون وبالصفة الإجرامية للفعل شرطاً لتوافر القصد الجنائى ثم الاكتفاء باستطاعة العلم أمران يناقض كلاهما الآخر ، فإذا تطلبنا العلم الحقيقى تعين القول بأن استطاعة العلم لا تغنى عنه ، وإذا اكتفينا باستطاعة العلم فإن تطلب العلم الحقيقى ليس له ما يبرره . وقد حاول مزجر إنقاذ هذه النظرية فقال إن انتفاء العلم لدى الجانى على الرغم من استطاعة الإحاطة به لا يعنى توافر القصد الجنائى لديه وإنما يعنى أنه فى وضع يماثل وضع من توافر لديه القصد الجنائى وأنه مثله جدير بنفس العقاب . ومؤدى هذا القول أن استطاعة العلم بالقانون لم تعد عنصراً من عناصر القصد الجنائى وإنما غدت منشئة وضعاً قانونياً مختلفاً عن القصد الجنائى فى طبيعته ولكنه يماثله فى الخطورة وفى الجدارة بالعقاب نفسه (١) . بيد أن هذه المساواة ليس لها سند من

(١) وقد أخذت بهذه الفكرة محكمة استئناف فرايبورج فقررت أن استطاعة العلم بالقانون لا تعنى توافر القصد الجنائى ولكنها تعادله فى الأثر — محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق .

أحكام القانون ، بل الأرجح أن تقضى هذه الأحكام بانتفائها بالنظر إلى الاختلاف بين طبيعة القصد الجنائى واستطاعة العلم ، هذا إلى أن النظرية تجعل استطاعة العلم منشئة وضعاً شاذا لا يعرفه القانون لا يوصف بالقصد الجنائى أو بالخطأ غير العمدى ، وابتكار هذا الوضع لا يتفق والقواعد المستقرة فى الفقه والقضاء التى تحصر صور الركن المعنوى للجريمة فى اثنتين : القصد الجنائى والخطأ غير العمدى دون أن تعرف صورة ثالثة يجتمع فيها مزيج من أحكام الصورتين دون أن تنتمى إلى إحداهما ، وهو ما يجعل من العسير تحديد الأحكام التى تطبق عليها .

نظرية استبعاد العلم بالصفة الإجرامية من نطاق القصد

٧٨٠ – يسلم أصحاب هذه النظرية بأن طبيعة القصد الجنائى تلفظ استطاعة العلم بالصفة الإجرامية من بين عناصره ، وهم يسلمون فى نفس الوقت بأن قصر نطاق المسئولية العمدية على الحالات التى يثبت فيها العلم اليقينى بالصفة الإجرامية أمر يناقض مصلحة المجتمع ولا يكفل لأحكام القانون التطبيق الشامل . وفى سبيل التوفيق بين استبعاد استطاعة العلم من عداد عناصر القصد الجنائى والقول بالمسئولية العمدية فى حالات لا يثبت فيها العلم الحقيقى قالوا إن المكان الصحيح للعلم بالقانون وبالصفة الإجرامية للفعل ليس هو القصد الجنائى وإنما الركن المعنوى للجريمة ، فيتعين استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائى واعتباره فكرة مستقلة عنه فيكون له مكانه إلى جانبه ويعد مثله عنصراً من عناصر الركن المعنوى للجريمة ، وبذلك يكون العلم بالقانون متطلباً لقيام المسئولية العمدية دون أن يعد مع ذلك عنصراً فى القصد الجنائى الذى تقتصر عناصره على العلم بالوقائع واتجاه الإرادة إليها . أما إذا حللنا الركن المعنوى للجريمة العمدية فإننا نجده قائماً على العناصر الآتية : الأهلية الجنائية والعلم بالقانون والقصد الجنائى . فإذا أتيح لنا استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائى استطعنا أن نحدد الأحكام التى يخضع لها دون أن نتقيد بطبيعة القصد الجنائى . ويرى أصحاب هذه النظرية أنه يستوى العلم بالقانون واستطاعة العلم به ، فحيث ينتفى العلم ولكن تثبت استطاعته يسأل الجانى مسئولية عمدية إذا توافرت العناصر الأخرى للركن المعنوى ومن بينها القصد الجنائى الذى يقتصر نطاقه على وقائع الجريمة . ولا يرى أصحاب هذه

النظرية فى الاعتداد باستطاعة العلم ما يخالف أحكام القانون بل يرونه متفقاً مع طبيعة الركن المعنوى للجريمة إذ يفترض هذا الركن إرادة اتجهت اتجاهاً يخالف نواهى القانون أو أوامره ، فإذا علم الجانى بمخالفة فعله للقانون واتجهت إرادته إلى ارتكابه تحقق فى شأنها أنها اتجهت الاتجاه المخالف للقانون ، وإذا كان فى استطاعته العلم بمخالفة فعله للقانون فإن القانون يوجب عليه هذا العلم ويوجب عليه تبعاً لذلك ألا يوجه إرادته إلى ارتكاب الفعل ، فإن تخلف العلم لديه ثم وجه إرادته إلى الفعل فقد أخل بواجب يفرضه القانون عليه وتحقق فى شأن إرادته أنها اتجهت اتجاها مخالفاً للقانون . وعلى هذا النحو يكون العلم بالقانون أو استطاعته شرطاً لكى تعد الإرادة متجهة على نحو يخالف القانون ، لا فرق بين العلم الفعلى بالقانون واستطاعة العلم به لأن كلا منهما يصلح لكى تكون إرادة الجانى محلا « للوم القانون » ، وهذا اللوم هو جوهر فكرة الركن المعنوى ، وإنما تعد الإرادة قصداً جنائياً أو خطأ غير عمدى وفقاً لمقدار ما توافر لديها من علم بالواقع . وبالإضافة إلى ذلك فهذه النظرية تكفل للقانون تطبيقاً شاملا بفضل ما تقرره من المساواة بين العلم الفعلى واستطاعة العلم . ومن أنصار هذه النظرية شميدت **Schmidt** وبوكلمان **Bockelmann** وهيبل **Hippel** .

ويأخذ البعض على هذه النظرية أن استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائى يعنى تجريد فكرة القصد الجنائى من مدلولها القانونى وإحالتها إلى فكرة نفسية غريبة على القانون . فالقصد لا يستمد أهميته القانونية من مجرد انطوائه على العلم بوقائع معينة وتضمنه الإرادة المتجهة إليها ، بل يفترض العلم بالدلالة القانونية لهذه الوقائع وإرادتها على هذا النحو ، أما إذا اقتصر على العلم بالوقائع وإراداتها فهو ليس محلا لتكييف القانون أو اهتمامه . وبالإضافة إلى ذلك فإن اعتبار العلم بالقانون عنصراً قائماً بذاته من عناصر الركن المعنوى للجريمة يجعل موضعها القانونى غير محدد التحديد الكافى ، فالركن المعنوى هو الإرادة التى اتجهت اتجاهاً مخالفاً للقانون ، وهى تتجه هذا الاتجاه إذا اتخذت صورة القصد الجنائى أو صورة الخطأ العمدى ، وباتجاهها على هذا النحو تكون محلا للوم القانون : فالقصد الجنائى هو صورة

الركن المعنوى فى الجرائم العمدية فهو يستوعب بذلك كل عناصر هذا الركن : فليست الأهلية الجنائية غير شرط لكى تكون الإرادة معتبرة قانوناً ، وليس العلم بالقانون غير شرط لكى تكون الإرادة محلا لتكييف القانون ، وبذلك يتضح أن القصد الجنائى باعتباره الركن المعنوى للجريمة العمدية لا يترك من عناصر هذا الركن شيئاً خارجاً عن نطاقه . ومن ثم فإن استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائى يعنى استبعاده من عداد عناصر الركن المعنوى للجريمة . وإذا لاحظنا أنه عند توافر العلم بالوقائع وانتفاء العلم بالقانون وثبوت عدم استطاعة الجانى ذلك ، يعد القصد الجنائى — طبقاً لهذه النظرية — قائماً لأنه يكفى فيه العلم بالوقائع وإرادتها حالة أن الركن المعنوى يعد متخلفاً لانتفاء أحد عناصره وهو العلم بالقانون أو استطاعته ، تبين لنا عدم دقة هذه النظرية لأنها تقول بتوافر القصد الجنائى الذى لا يعدو أن يكون الصورة التى يتخذها الركن المعنوى فى الجريمة العمدية فى الوقت الذى تقول فيه بانتفاء الركن المعنوى ذاته ، ولا يخفى التناقض بين القولين .

العلم بدلالة الفعل

٧٨١ — يذهب البعض إلى أن علم الجانى بأن القانون يجرم فعله أمر لا تتطلبه فكرة القصد الجنائى ، ولكن ليس معنى هذا أن تكون هذه الفكرة مقصورة على العلم بالوقائع وإرادتها ، بل إنها تتطلب علماً بدلالة خاصة تتوافر للفعل وإرادة متجهة إلى أن تكون للفعل المرتكب هذه الدلالة . وقد اختلفت الآراء اختلافاً كبيراً فى تحديد المقصود بهذه الدلالة . فيذهب ليست Liszt إلى أن القصد الجنائى لا يتوافر إلا إذا علم الجانى أن فعله يمس مصلحة يحميها القانون دون أن يعنى ذلك وجوب علمه بتجريم الفعل ، فإذا كنا بصدد جريمة نصب تعين أن يعلم الجانى أن فعله ينال بالضرر ثروة المجنى عليه ولكن لا يعنى ذلك أنه يجب أن يعلم أن الشارع يحظر عليه أن يفعل ذلك(١) . ويذهب فرانك Frank إلى أن القصد الجنائى يتطلب العلم بكون الفعل مناقضاً لقواعد الآداب أو بكونه ضاراً بالمجتمع دون أن يتطلب علماً بالصفة غير المشروعة للفعل فى نظر القانون ، وهو يضيف إلى ذلك

(١) Franz von Liszt : Traité de droit pénal allemand, vol 1 p. 263.

أن العلم الفعلى لا تتطلبه فكرة القصد الجنائى بل يكفى أن يكون من الواجب عليه أن يحصل على هذا العلم ، فإذا ثبت هذا الواجب توافر القصد الجنائى ولو كان العلم الفعلى منتفياً . ويرى ماير Mayer أن الركن المعنوى للجريمة يتطلب علم الجانى بأن فعله مخالف للواجب ، فالمخالفة للواجب هى العنصر الأساسى فى الركن المعنوى للجريمة عمدية كانت أو غير عمدية ، ويعنى ذلك علم الجانى حين يقترف فعله بأنه يخل بواجب مفروض عليه ولكن لا يشترط علمه بأن هذا الواجب هو واجب قانونى ، فالعلم بأن نصوص القانون تعترف بهذا الواجب وتلزم به أمر لا أهمية له فى بناء الركن المعنوى للجريمة . ويذهب هذا الفقيه إلى أن استطاعة العلم تعادل العلم الفعلى وتكفى مثله كى يتوافر للجريمة هذا الركن . وإذا لم تكن قواعد القانون مصدر الواجب ، فإن مصدره هو تلك المجموعة من القواعد الاجتماعية التى يستوحى منها الشارع أحكامه ويرقى بعضها إلى مرتبة القانون وتتمثل فيها القيم التى تسود المجتمع وتتحدد بها كيفية الحكم على أنواع السلوك وتعبر بذلك عن روح المجتمع واتجاهاته ، فهى قواعد غير قانونيــة ولكنها المعين الذى يستمد منه الشارع الأحكام القانونية ، فهى تولد قبل أن ينشأ القانون وتظل منه بمثابة الأساس توجه تفسيره وترسم خطوات تطوره .

وهذه الآراء جميعها لا يمكن التسليم بها لأنها لا تكفل لأحكام القانون التطبيق الشامل الدقيق الذى تقتضيه مصلحة المجتمع ، فإذا كانت هذه الآراء تتفق فى أنها لا تتطلب علم الجانى بالنص القانونى الذى يسبغ على فعله الصفة الإجرامية وتكفل بذلك للقصد الجنائى أن يتوافر فى حالات يثبت فيها جهل الجانى بالقانون ، فإنها تتطلب العلم بدلالة الفعل ، وهذه الدلالة اجتماعية تحدد نظرة المجتمع إلى الفعل وحكمه عليه وتتصل بأحكام القانون أوثق الاتصال . هذه الآراء إذن هى حلقة فى سلسلة محاولات كثيرة للتوفيق بين وجوب العلم بالقانون وبين ما تتطلبه مصلحة المجتمع من عدم التشدد فى تطلب هذا العلم وإن كانت لم يكتب لها النجاح لأنها عجزت عن تحقيق غرضها بالنسبة لعدد قليل من أحكام القانون . فإذا كانت معظم الجرائم تهدر القيم الاجتماعية التى تسود المجتمع ويعلم الجانى أو يستطيع العلم بأنها محل لزوم المجتمع ، فثمة عدد آخر لا يهدر هذه القيم ولا يستطيع الجانى ، تبعاً ، أن

يعلم بدلالتها أو بإضرارها بالمجتمع : فالجرائم الخاصة بالرقابة على النقد أو بحظر التصدير أو الاستيراد إلا إذا اتبعت إجراءات معينة والجرائم الخاصة بالمرور أو بالضرائب ، هذه كلها وكثير غيرها قد لا يعلم الجانى أنها تمس مصلحة يحميها القانون وقد لا يعلم بإضرارها بالمجتمع أو بأنها تخالف واجباً مفروضاً عليه ، بل قد لا يكون فى استطاعته أن يعلم أنها تحدث ضرراً أو تخل بواجب لأنه لا يمكن تصور الضرر الناشئ عنها أو الإخلال بالواجب الذى تتضمنه إلا إذا نظرنا إلى نظام المجتمع من وجهة سياسية معينـــة أى من حيث إن الشارع يرى ملاءمة إعطائه تنظيماً معيناً ، فيكون فى غير استطاعة من لم يعتنق هذه النظرة أن يتبين وجه الضرر فى تلك الجرائم أو أن يتحقق من أنها تخل بواجب . فالآراء السابقة لا تكفل التطبيق الشامل لأحكام القانون المتعلقة بهذا النوع من الجرائم لأنها تســلم بانتفاء القصد الجنائى فى حالات تقتضى مصلحة المجتمع أن يوقع فيها العقاب ، هذا فضلا عن أن فكرة الآداب التى قال بها فرانك غير محددة وهى مرنة إلى الحد الذى يجرد قواعد القانون من الاستقرار ، وفكرة الواجب التى قال بها ماير ليست أقل غموضاً ولا سيما أنه لا يعنى من نظريته الواجب القانونى وإنما الواجب الذى تفرضه القواعد الاجتماعية التى تحدد نظرة المجتمع وكيفية حكمه على أنواع السلوك وتعبر عن روحه واتجاهاته ، وهى قواعد غير محددة لا تخضع لتعريف واضح وليس من السهل أن تُحصى عناصرها ويحدد نطاقها .

وإذا تبين لنا فساد الآراء المتقدمة التى تتطلب العلم أو استطاعته ، فإننا ننحيها جانباً لنخلص إلى رأى هام يقوم على أساس مختلف هو « افتراض العلم بالقانون » فى حق كل شخص .

المبحث الثامن

افتراض العلم بالقانون

٧٨٢ – ليس معنى تطلب العلم بالقانون وبالصفة الإجرامية التى يسبغها على الفعل وجوب توافر العلم اليقينى الفعلى بهما ، فاعتبارات المصلحة العامة تتطلب من الشارع أن يضع على قدم المساواة العلم الفعلى بالقانون والعلم

المفترض به . وعلى هذا الأساس ذهب الرأى إلى الاعتراف للعلم بالقانون بأهميته فى بناء فكرة القصد الجنائى (١) ثم إلى القول بافتراض العلم بالقانون لدى كل شخص وإقامة قرينة لا تقبل الدليل العكسى على توافره **présomption juris et de jure** بحيث لا تكلف سلطة الاتهام بإثباته ولا يقبل من المتهم أن يقيم الدليل على انتفائه . وبذلك يكفل هذا الرأى التوفيق بين الاعتبارين المتعارضين فى هذا الموضوع ، فالقصد الجنائى مدلوله القانونى السليم والمصلحة العامة ما يضمن حمايتها باعتبار أن تطبيق القانون لن يكون متوقفاً على العلم الفعلى به ولن يعطله ادعاء الأفراد الجهل بأحكامه وعجز سلطة الاتهام عن إقامة الدليل على علمهم بها . ومن ثمة لن تصدمنا الأحكام الموضوعية فى القصد الجنائى ، ولكنا نعالج قواعد الإثبات بما يتفق مع مصلحة المجتمع ومع طبيعة المسائل المراد إثباتها .

٧٨٣ – وافتراض العلم بالقانون يبرره أن عبء إثبات هذا العلم عسير ، والبراءة عند العجز عن الإثبات تلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر لأنها تعطل تطبيق القانون وتفوت أهدافه ، وإلى جانب ذلك فهذا الافتراض تدعمه الحقائق فى الأغلب من الحالات : فإذا خالف الفعل تعاليم الأخلاق فإن العلم بتجريم القانون له يتوافر لدى كل ذى أهلية ، أما إذا لم يناقض الفعل تعاليم الأخلاق فإن العلم بصفته الإجرامية يجب أن يتوافر مع ذلك بالنظر لما يبذله الشارع من وسائل يتيح بها العلم بالقانون ، فهو ينشره على الناس فى الجريدة الرسمية وفى استطاعة كل إنسان أن يستفسر عن أحكام القانون ويحيط بها علماً (٢) . وبذلك يتضح أن لهذا الافتراض أساسه المنطقى وله أهدافه التى

---

(١) لم يتضمن القانون المصرى تعريفاً للقصد أخذاً بما جرى عليه أغلب القوانين . وقد عرفت المادة ٢٦ من المشروع الجريمة العمدية بأنها تلك التى يقترفها الفاعل وهو عالم بحقيقتها الواقعية وبعناصرها القانونية . ودرج الفقه فى مصر وفرنسا على اعتبار عدم مشروعية الفعل ركناً فى الجريمة ووصل نتيجة لذلك إلى القول بأن علم المجرم لا بد منصرف إلى هذا العنصر أيضاً فيقدم المجرم على الجريمة وهو عالم أن القانون يعتبرها كذلك .

(٢) Garçon : op. cit. art 1 no. 90 - Garraud : op. cit. Vol. 1 - Radulesco : op. cit. p. 91 - Françon op. cit. p. 242. – على بدوى ، المرجع السابق ص ٣٤٨ – على راشد ، مبادىء القانون الجنائى ص ٦٣٦ . والعبرة هى بوقت العمل =

تمليها مصلحة المجتمع . وليس الافتراض بدعاً فى القانون ، فهو وسيلة فنية يلجأ إليها الشارع حيث يتطلبها التطبيق السليم لأحكام القانون ، ويقبل الشارع الافتراض عادة إذا كان عبء الإثبات عسيراً فيرى من الأوفق الإعفاء منه أو كان الحكم الذى يفترضه متفقاً مع الوضع الغالب ، وكلا الاعتبارين متوافر بالنسبة للعلم بالقانون .

٧٨٤ – ومذهب افتراض العلم بالقانون يمثل الرأى السائد فى الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا ، فالشراح يكادون يجمعون على أن القصد الجنائى يتطلب علم الجانى أن القانون يجرم فعله ويعاقب عليه ، وهم فى الوقت نفسه مجمعون على القول بافتراض العلم بالقانون افتراضاً لا يقبل الدليل العكسى ، وأحكام القضاء التى قررت هذا المبدأ عديدة وهى تسير فى هذا الاتجاه سيراً مطرداً ، وليس فى قانون العقوبات المصرى نص يقرر هذا الافتراض ، ولكنه يستفاد من المادة ١٨٨ من دستور ١٩٧١ التى تقضى بنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها والعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر . فهذا النص يستخلص منه أن الشارع يتخذ من نشر القانون بالجريدة الرسمية ومضى شهر على نشرها قرينة لا تقبل الدليل العكسى على علم الناس كافة بأحكام القانون[1] .

= بالقانون الجديد لا بتاريخ إصداره من رئيس الجمهورية . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه مهما قيل من نتائج تحكم السلطة التنفيذية فى تعطيل النشر فإن المحاكم لا تستطيع أن تطبق قانوناً لم ينشر – نقض ٢٠ مارس ١٩٥١ س ٢ ص ٧٩٥ .

(١) وقد كان دستور ١٩٢٣ ينص ضمناً أيضاً فى المادة ٢٦ على المبدأ المذكور بقوله إن القوانين تنفذ من وقت العلم بإصدارها الذى يعتبر معلوماً فى جميع البلاد بعد نشرها فى الجريدة الرسمية بثلاثين يوماً . وهو ما كان مستفاداً كذلك من المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة عام ١٨٨٣ وكانت تجرى بأنه « لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين والأوامر من يوم العمل بمقتضاها » . وقد ألغيت هذه اللائحة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء الذى خلا من النص على المبدأ الذى تضمنته المادة الثانية سالفة الذكر تقديراً بأنها تقرر حكماً يستفاد بداهة . وفى هذا تقول محكمة النقض « العلم بالقوانين وبكل ما يدخل عليها من تعديل مفروض على كل إنسان وليس على النيابة إذا أرادت رفع الدعوى العمومية على شخص إلا أن تعلنه برقم المادة التى تريد أن تطلب =

افتراض العلم بقانون العقوبات والقوانين المكملة له

٧٨٥ – يفترض العلم بقانون العقوبات كما يفترض بكل القوانين المكملة[1] ، ويسرى هذا الافتراض بالنسبة للنصوص الجنائية كافة أياً كان نوع الجريمة التى تنص عليها ، فلا تفرقة بين الجرائم على الإطلاق من هذه الوجهة ، فسواء درجة جسامتها ، وسواء مكان ارتكابها أكان فى داخل البلاد أم فى الخارج حيث تخضع استثناء لأحكام القانون الوطنى . كما يسرى هذا الافتراض فى حق جميع الأشخاص الذين يخضعون لأحكام القانون ، فلا فرق بين وطنى وأجنبى ، ولا تمييز بين من اكتملت لديه الأهلية الجنائية ، ومن كانت أهليته ناقصة كالصغير إذا جاوز السابعة دون أن يبلغ سن الرشد الجنائى . وكما لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون ، فكذلك لا يقبل من شخص يعلم بالقانون أن يعتذر بجهله نشر القانون أو انقضاء المدة المحددة ليصير نافذاً .

٧٨٦ – ويفترض العلم بالقانون على وجهه الصحيح ، أى العلم بالتفسير الدقيق للنص الذى خولفت أحكامه ، فليس من حق المتهم أن يدعى أنه ارتكب الفعل معتقداً أن القانون يفسَّر على نحو يباح به هذا الفعل . وعلى

= محاكمته بمقتضاها » ، وليس عليها فوق هذا أن تعلنه بنص تلك المادة ولا بما أدخل عليها من تعديل إذ أن ذلك مما يعده القانون داخلاً فى علم كافة الناس ، كما أن المحكمة التى تتولى محاكمة المتهم ليست مكلفة قانوناً بأن تلفت نظره عند المحاكمة إلى ما أدخل من التعديلات على المادة التى تطلب النيابة تطبيقها عليه مادام علمه بذلك مفروضاً بحكم القانون » – نقض ٢٢ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١٨٥ . وانظر نقض ١٩ مايو ١٩٤١ جـ ٥ ص ٤٧١ ونقض ٢٣ مارس ١٩٥٩ س ١٠ ص ٣٤٠ و١٣ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٢٠ . وانظر فى القضاء الفرنسى Cass. 31 octobre 1930, G. P. 1930,2673- Cass. 9 avril 1932 G. P. 1932, 1200 - Cass. 24 janvier 1936, D. 63 1. 60.

أما قانون العقوبات الفرنسى فقد مر بنا أنه لا يتضمن نصا يقرر هذا المبدأ ولكنه يستخلص بمفهوم المخالفة من المادة الرابعة من مرسوم ٥ نوفمبر ١٨٧٠ وهذا نصها « les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs, à partir de la promulgation ».

كما مر بنا أن قانون العقوبات الإيطالى يقر المبدأ صراحة فى مادته الخامسة وهذا نصها « Nessuno può invocare a propria Scusa l'ignoranza della legge penale ».

(١) نقض ١٢ إبريل ١٩٥٥ س ٦ ص ٨٣٤ ونقض ١٤ فبراير ١٩٦١ س ١٢ ص ٢١٨ .

هذا النحو ، فالغلط فى القانون يستوى والجهل به ، فكل منهما لا ينتفى به القصد الجنائى . ولا شك فى عدم الاعتداد بالجهل أو الغلط فى القانون إذا كان كل منهما فردياً أى لم يشارك فيه المتهم أو لم يشاركه فيه غير قلة من الأفراد ، ولكن يطبق الحكم نفسه إذا كان الجهل أو الغلط شائعاً ، أى ساد لدى أفراد المجتمع أو لدى جميعهم فتأثر به المتهم بدوره وارتكب الفعل معتقداً أنه مشروع ، وعلى هذا النحو يتضح أن قاعدة « الغلط الشائع له حكم القانون error communis facit jus » هى قاعدة لا يعرفها الشارع الجنائى ، إذ أن مصدر التجريم والعقاب هو التشريع ، والقاعدة أن التشريع إذا عمل به ظلت له كل قوته الإلزامية حتى يلغيه صراحة أو ضمناً تشريع لاحق ، وبغير طريق التشريع لا يفقد نص التجريم قوته القانونية ، فإذا استقر عرف يتسامح فى شأن الفعل الذى جرمه القانون أو ساد لدى الناس رأى خاطئ ينظر إليه نظرته إلى الأفعال المباحة ، فإن نص التجريم يظل على الرغم من ذلك واجب التطبيق ، ويظل افتراض العلم به منسوباً إلى كل من يخالف أحكامه . وتطبيقاً للفكرة نفسها ، فإن تسامح السلطات العامة فى شأن من يخالفون بعض نصوص التجريم وعدم اتخاذها الإجراءات ضدهم مما جعل الناس يعتقدون شرعية هذه الأفعال لا يدعم موقف المتهم حين يدعى الجهل بنصوص التجريم هذه(١) . وليس من شأن استفسار المتهم عن حكم القانون فى فعله وإجابة السلطات العامة الخاطئة بأن الفعل الذى يجرمه القانون هو فعل مشروع لا ينفى افتراض العلم بالقانون على وجهه الصحيح ، بل إن موافقة هذه السلطات الصريحة عليه ، ولو أخذت صورة الترخيص الإدارى ، لا تنفى الافتراض ولا تدعم دفاع مرتكبه إذ يدعى الجهل بتجريم القانون نشاطه . وتعليل ذلك أن هذه السلطات لا تختص بإعفاء أحد من تطبيق القانون لأنها هى نفسها خاضعة له وملزمة بما تقضى به أحكامه ، فإذا كانت لا تملك إعفاء نفسها من تطبيق القانون فهى بداهة لا تملك إعفاء غيرها منه (٢) .

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ يوليه ١٨٣٦ سيرى ١٨٣٧ – ١ – ٢٧١ .

(٢) بل إن غلط المتهم فى القانون لا يعفيه من المسئولية ولو كان هذا الغلط =

افتراض العلم بالقانون على وجهه الصحيح

٧٨٧ – ويفترض العلم بالقانون على وجهه الصحيح ، أى العلم بالتفسير الدقيق للنص الذى خولفت أحكامه(١) . والتفسير الصحيح الذى يفترض العلم به هو ما يقول به القاضى المعروضة عليه الدعوى ، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا استقرت أحكام القضاء على اعتبار فعل معين مشروعاً فأتاه المتهم معتقداً شرعيته ثم عرض أمره على قاض ثان من رأيه أن القانون يجرمه ، فإن هذا الرأى يعد التفسير الصحيح للقانون ، فيفترض علم المتهم به ويكون غلطه بذلك مجرداً من كل قيمة فالتفسير القضائى ليس حجة فى مواجهة الكافة ، وإنما تقتصر حجيته على الدعوى التى قرر فيها ، وليست له قوة الإلزام بالنسبة

= ما يشاركه فيه القضاة أنفسهم – انظر نقضاً فرنسياً **Cass, 9 avril 1936. Gaz pal 1932—1—800** . وكان كثير من أحكام المحاكم سبق أن أقر تحت تأثير هذا الغلط مشروعية الفعل الذى ارتكبه المتهم وعدم معاقبة القانون عليه . كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الناخب الذى يدلى بصوته مرتين فى موطنين انتخابيين مختلفين مخالفاً بذلك المادة ٣٤٠ من المرسوم بقانون ١٨٥٢ يظل مسئولا عن الجريمة المنصوص عليها فى المادة المذكورة رغم أنه كان حسن النية يعتقد مشروعية فعله وأن هذا الاعتقاد المخالف للواقع كان راجعاً إلى خطأ من الإدارة لم يشارك فيه المتهم وذلك بقيدها اسمه مرتين فى الموطنين الانتخابيين اللذين أدلى فيهما بصوته . انظر **Cass. 12 août 1881. S. 1881—1—439. Voy** كما قضت بمسئولية المتهم عن جنحة نقل الصيد فى وقت ممنوع تنطبق عليها المادة ٤ من القانون رقم ١٨٨٤ والمعدل عام ١٩٢٤ على الرغم من تمسك المتهم ، دفعاً لمسئوليته ، بقرار صادر من المدير تنفيذاً للمادة التاسعة من القانون التى رخصت للمديرين فى إصدار قرارات لتحديد نوع الحيوانات الضارة التى يجوز لملاك الأراضى أو حائزيها قتلها فى أى وقت من السنة ولتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق . وقد رخص هذا القرار بنقل وبيع الأرانب الوحشية طوال العام على تقدير أن النقل والبيع يتبعان قتل هذه الحيوانات الذى أجازه القانون فى كل وقت من السنة . بيد أن محكمة النقض رأت بطلان هذا القرار لتعارضه مع نص المادة ٣ من قانون ١٨٨٤ ولخروجه على السلطات التى تخولها المادة ٩ من قانون ١٩٢٤ للمديرين ورفضت تبعاً لذلك دفاع المتهم المؤسس عليه تهرباً من المسئولية – نقض ٣٠ يونيه ١٩٣٧ ، جازيت دى باليه ١٩٣٧ – ٢ – ٦١٩ وانظر ملاحظات كل من الدكتور محمود نجيب حسنى والدكتور عمر السعيد رمضان على هذا الحكم فى مقاليهما المشار إليهما سابقاً ص ١٨٤ وص ٦٢٧ على التوالى .

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٧ ص ٤١٠ .

لما عداها[1] . ولكن ما الحكم إذا صدرت لائحة تخالف أحكام القانون فتقرر شرعية فعل يجرمه ثم ارتكبه المتهم معتقداً — استناداً إلى اللائحة — أنه مشروع ؟ نعتقد أنه من المتعين الاعتداد بهذا الغلط ، ذلك أنه وإن كان القانون أسمى مرتبة من اللائحة بحيث يتعين عند التعارض بينهما تغليب الأول على الثانية [2] إلا أن المتهم غير ملزم بالموازنة بين أحكامهما ، إذ ليست فى استطاعته ، لأنها تتطلب خبرة قانونية يغلب ألا تتوافر عنده ، والقاعدة أنه لا إلزام إلا بمستطاع[3] .

(١) لا يكون التفسير حجة فى مواجهة الكافة إلا إذا كان تفسيراً تشريعياً إذ يتخذ شكل القانون فتكون له قوته ، أو إذا كان قرار التفسير صادراً من المحكمة العليا لأن قرارها الصادر بالتفسير ملزم وفق نص المادة ٤ / ٢ من قانون إنشائها .

هذا والقانون التفسيرى ليس من مصادر الشرعية لأنه لا يستهدف تعديل القانون القائم بل يقتصر على التعبير عن قصد الشارع من إصداره . ومع ذلك فإن كان القانون القائم شديد الغموض بحيث يتعذر تفسيره على الوجه الصحيح فلا يمكن اعتباره مصدراً للشرعية لأن هذا الغموض لا يتيح الناس معرفة القانون وفى هذه الحالة يعامل القانون التفسيرى معاملة القانون الجديد ولا يجوز تطبيقه بأثر رجعى — انظر **Lévasseur, Le domaine d'application dans le temps op, cit. pp. 59 et s.**

هذا والجهل بالقضاء حكم الجهل بالقانون ، فالقضاء يفسر نص التجريم ويحدد نطاقه فإذا علم المتهم حكم القانون ولكن فسره على نحو لا يخضع به فعله لعقاب القانون جاهلا لتفسير القضاء الذى يجعل فعله خاضعا لتجريم القانون فإن هذا الجهل لا يعتد به فيفترض القاضى العلم بالقضاء والعلم بامتداد نص التجريم إلى فعله — انظر فى هذا الموضوع **Robert Legros : L'élément moral dans les infractions, 1952 p. 57.** وانظر نقضاً فرنسياً **Cass. 1er juin 1867 Bull - 1867 n, 130.**

وإذا نص القانون على ضرورة تنبيه السلطة العامة ذوى الشأن إلى النتائج التى تترتب على تجاهلهم أحكامه وخاصة ما تعلق منها بنشوء المسئولية الجنائية فأهملت هذا التنبيه لم يكن ذلك مبرراً لقبول اعتذار المتهم بالجهل بالقانون بل يبقى علمه به مفترضا — ذلك أن القانون لا يجعل التنبيه شرطاً لقيام المسئولية الجنائية أو لافتراض علم المتهم بالقانون بل يستهدف به مجرد حمل الجانى على مسلك يتفق وأحكام القانون وتبصرته بعاقبة السلوك المخالف له — مانتسينى ، المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٩ .

(٢) قضت محكمة النقض أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ، فلا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون — نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٥٧ س ٨ ص ١١٢١ .

(٣) الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ص ٧١٨ ، =

انتفاء الافتراض

٧٨٨ — هذا وليس افتراض العلم بالقانون مطلقاً ، فثمت حالات ينتفى فيها أهمها : حالة استحالة العلم بالقانون وحالة ما إذا كان محل الجهل أو الغلط قانوناً غير قانون العقوبات ، وحالة الغلط دون خطأ ، ونتكلم عليها تباعاً .

المطلب الأول

استحالة العلم بالقانون

٧٨٩ — إذا ثبت أن الظروف التى أحاطت بالجانى عند ارتكابه فعله قد جعلت علمه بالقانون مستحيلا فإن اعتذاره بالجهل به ينفى عنه القصد الجنائى . والاستحالة هنا هى الاستحالة المطلقة التى تجرد الجانى من كل

= ونشير بهذه المناسبة إلى أن القضاء استقر على أنه من واجب القاضى الجنائى ألا يقتصر على مجرد تفسير اللوائح وإنما يتعين عليه التأكد من شرعيتها — نقض ١٥ مايو ١٩٥٠ س ١ ص ٦٣٧ ونقض ١٣ إبريل ١٩٥٤ س ٥ ص ٥١٤ ونقض ٣٠ مارس ١٩٥٩ س ١٠ ص ٢٧٧ ونقض ٢٧ يونيه ١٩٦١ س ١٢ ص ٢٩٤ ونقض ٣١ مايو ١٩٦٢ س ١٣ ص ٧٢٤ ونقض ٢٩ يناير ١٩٦٨ س ١٩ ص ١١٥ . وانظر فى الموضوع **Télery Catbale, le contrôle de la légalité administrative pour les tribunaux judiciaires, thèse, paris, 1966, pp. 15 etc.** ونذكر بما سبق أن ذكرناه من اختصاص المحكمة العليا حاليا فى هذا الشأن واختصاص المحكمة الدستورية العليا وحدها فى الدستور القائم بالرقابة القضائية على دستورية اللوائح ومن ثم لم يعد القاضى الجنائى مختصاً بالفصل فى عدم دستورية اللائحة إذا دفع الخصوم أمامه بعدم دستوريتها واستبان جدية الدفع ، وسوف يحدد القانون حدود رقابة المحكمة على دستورية اللوائح وهل تقتصر على حالة الدفع بعدم الشرعية أو تمتد كذلك إلى دعوى الإلغاء . أما إذا لم يدفع أحد الخصوم الآن فى ظل المحكمة العليا بعدم دستورية اللائحة أو القانون فإن القاضى الجنائى لا يملك كما سبق أن ذكرنا أن يلتفت عن تطبيقها على المتهم من تلقاء نفسه إذا استبان عدم دستوريتها لأن التفاته عن تطبيقها هو إعمال الرقابة القضائية على الدستورية التى اختص المشرع بها المحكمة العليا دون غيرها بموجب المادة ٤/١ من قانون إنشائها . ولكن يلاحظ أنه لا يزال من واجب القاضى الجنائى أن يتأكد من مشروعية القرار الإدارى الفردى إذا ما كان شرطا ضروريا لوقوع الجريمة كما إذا صدر قرار إدارى ينطوى على سوء استعمال السلطة ويؤدى إلى ضرر جسيم مما تتوافر به جريمة الإهمال المنصوص عليها فى المادة ١١٦ مكرراً عقوبات — انظر فتحى سرور ، الوسيط فى الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ ص ١٩٤ . وقد أيد القضاء الفرنسى وجهة النظر تلك هذا محكمة تنازع القوانين فى حكمها الصادر فى ٥ يوليه ١٩٥١ — راجع **Merle et Vitu, Traité de droit criminel, Paris, 1967, p. 164**

وسائل العلم بالقانون[1] . والاستحالة المطلقة ثمرة القوة القاهرة ولذلك يجب التحقق من توافر عناصر وشروط القوة القاهرة . مثال ذلك حالة سكان إقليم احتله العدو إذا خالف بعضهم قوانين عمل بها أثناء الاحتلال ولم يكن فى وسعهم العلم بها [2] . ويبين من ذلك أن الصعوبة — مهما كان مقدارها — إذا عاقت سبيل العلم بالقانون لا تهدم الافتراض[3] . وسند هذا الاستثناء قاعدة أن « الشارع لا يكلف بمستحيل » ، فالقانون لا يتضمن غير قواعد يمكن اتباعها ، فإذا افترض الشارع العلم بالقانون فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم ، فإن انتفى الإمكان لم يعد للافتراض ما يبرره . وتتجه بعض القوانين ولا سيا الحديثة إلى النص على استثناءات لمبدأ عدم قبول الاعتذار

(١) garçon, art. 1, no. 93 ; garraud, 1, no. 307, p. 608

(٢) يضرب كثير من الفقهاء هذا المثال على أنه استثناء من القاعدة مع أنه فى رأينا تطبيق لها إذ أن عدم علم المواطنين فى إقليم احتله العدو بالقوانين التى تصدر أثناء الاحتلال إنما يرجع إلى عدم استطاعة الاحتجاج قبلهم بنشرها ، ذلك النشر الذى به وحده تنهض قرينة افتراض علمهم بتلك القوانين ، وليس إلى استحالة العلم بها استحالة مطلقة **impossibilité absolue** . ويصدق هذا القول أيضاً على حالة المحاصرين فى قلعة إذا خرجوا منها وخالف بعضهم قوانين جنائية كانت قد صدرت وعمل بها أثناء الحصار . بيد أن الأحكام فى كثير من الدول تخالف هذا النظر الذى نذهب إليه وتقر أغلب الفقه على رأيه فى اعتبار هذه الأمثلة وما شابهها من حالات القوة القاهرة التى يستحيل معها العلم بالقانون ، استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . انظر تطبيقاً لذلك : **Tribunal Correctionnel de Vouziers 20 mars 1941, Gaz. Pal. 17 juin 1941, Voy les observations de Louis Hugueney, Revue de science criminelle. 1941. p. 187.**

(٣) ونتيجة لذلك فإن كون المتهم أميا لا يعنى استحالة علمه بالقانون كما أن خضوعه للخدمة العسكرية حين صدر القانون وعمل به لا ينفى عنه افتراض العلم . ويظل افتراض العلم بالقانون قائماً فى حق المواطنين حين يقيمون خارج البلاد على الرغم من الصعوبات التى يلاقونها إذا أرادوا العلم بقوانين بلادهم لأن هذه الصعوبة لا تعنى الاستحالة ، ولكن إذا أقام بعض المواطنين فى منطقة ليس بينها وبين الوطن أى سبب من أسباب الاتصال بحيث تحقق انتفاء كل وسيلة للعلم بالقانون اعتبرت هذه الحالة من قبيل الاستحالة ولم يعد محل لافتراض العلم بالقانون — مانسينى ، المرجع السابق ص ٣٠ . وانظر فى نقد الاستثناء من هذه الوجهة : السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٣٨٦ . ويقول الدكتور محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق إن هذا الاستثناء لا يخشى منه على الافتراض لأن نطاقه محدود بقيام القوة القاهرة ولها شروطها الدقيقة التى يجوز للمحاكم أن تتسامح فى تقديرها وتضمن هذه الشروط أن يظل الاستثناء محصوراً فى أضيق مجال .

بالجهل بأحكام قانون العقوبات[1] .

المطلب الثانى

الجهل أو الغلط فى قانون غير قانون العقوبات

٧٩٠ — إذا تذرع الجانى بالجهل بأحكام قانون آخر غير قانون العقوبات[2] كالقانون المدنى أو الأحوال الشخصية أو التجارى أو الإدارى قُبِل منه ذلك وعد القصد الجنائى لديه منتفياً ، أما إذا كان محل الجهل أو الغلط قانون العقوبات فلا يقبل الاعتذار ولا ينتفى القصد الجنائى [3] . وتوضيح

(١) من ذلك المادة ٣٧ من قانون العقوبات العراقى الجديد الصادر فى ١٥ سبتمبر ١٩٦٩ والتى تنص على أنه « ١ — ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أى قانون عقابى آخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذى يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة . ٢ — للمحكمة أن تعفو من العقاب « الأجنبى الذى يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضى من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها » . وتنص المادة العاشرة من قانون العقوبات اليوغوسلافى على أن المحكمة أن تخفف العقوبة على مرتكب الجريمة إذا كان يجهل ، بناء على أسباب مبررة ، أن القانون يعاقب على فعله بل وللمحكمة أن تعفيه من أية عقوبة . ونصت المادة ٥٣ من المشروع الموحد على أنه يعد مانعاً من العقاب امتناع علم المجرم بالقانون الذى يعاقب على جريمة لقوة قاهرة وكذلك جهل الأجنبى الذى قدم إلى الجمهورية منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة القوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلده أو قوانين البلد الذى استقرت إقامته فيه . أما المشروع الأخير لقانون العقوبات المصرى فقد خلا من أى استثناء من المبدأ الذى ضمنه المادة ٣٠ « لا يقبل الاحتجاج بجهل أحكام هذا القانون » وذلك اكتفاء بالسلطة التقديرية للنيابة العامة والمحكمة .

(٢) نسترعى النظر إلى أن « قانون العقوبات » هنا يعنى الأحكام الموضوعية فى القانون الجنائى أى القواعد التى تحدد أركان الجرائم وتبين العقوبات وتحدد الأسباب التى تؤثر فيها بالاستبعاد أو التشديد أو التخفيف ، بالإضافة إلى جميع الأحكام التى تضمها القوانين المكملة لقانون العقوبات وهى جميع النصوص القانونية التى يجعل الشارع جزاء الخروج على ما تتضمنه من أوامر أو نواهى هو توقيع العقوبات مثل القانون الخاص بمكافحة المخدرات وبعض نصوص مجموعة الإجراءات الجنائية التى تقرر أحكاماً موضوعية أى تجرم أفعالا وتحدد عقوبات مثل المادة ٣٣ التى تجرم فعل من يخالف أمر مأمور الضبط القضائى بعدم مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه ، والمواد ١١٧ و ١١٩ و ١١٩ و ١٧٩ و ٢٨٠ و ٢٨٤ التى تجرم امتناع الشاهد عن الحضور أو عن أداء الشهادة .

(٣) جارسون ، المرجع السابق مادة ١ رقم ٩٤ — فرانسون ص ٢٤٥ — محمود مصطفى ص ٢٩١ — على راشد ، المرجع السابق ص ٦٣٨ .

هذه التفرقة يقتضى أن نذكر أن عدداً من الجرائم لا تكتمل أركانها إلا إذا اكتسبت بعض الوقائع التى تقوم عليها تكييفاً قانونياً معيناً ، وهذا التكييف ثمرة تطبيق قواعد قانونية غير قانون العقوبات ، فإذا جهل الجانى هذه القواعد فقد جهل هذا التكييف وكانت الواقعة فى حدود علمه مجردة من الدلالة القانونية التى تجعلها صالحة لتقوم عليها الجريمة ، وفى هذه الظروف يعتقد الجانى أنه يأتى فعلا مشروعاً ويعد القصد الجنائى لديه منتفياً [١] . فالسرقة أو النصب أو خيانة الأمانة تتطلب كون الشىء موضوع الجريمة مملوكاً لغير الجانى ، فإن كان ملكاً له أو كان شيئاً مباحاً فلا جريمة ، والفصل فى الملكية رهن بتطبيق قواعد القانون المدنى ، فإذا جهلها الجانى أو أساء تفسيرها فقد يعتقد أنه يأتى فعلا مشروعاً ، فقد يستولى من اشترى منقولا معيناً بالنوع لم يفرز له بعد على قدر مماثل لما تعاقد عليه وهو جاهل أن الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز . والمطلقة رجعياً قد تجهل قواعد الشريعة الإسلامية التى تبقى رباط الزوجية حتى تكتمل العدة فتعتقد حين تزنى أنها قد تحررت من قيود الزوجية وأنها لا تمس بفعلها حقوق مطلقها . وقد يجهل الزوجان وشهود الزواج قواعد الشريعة الإسلامية التى تحرم زواج الأخت من الرضاع أو تحرم الجمع بين المرأة وخالتها ، فيقررون تبعاً لذلك انتفاء موانع الزواج والحقيقة هى توافر مانع يجهلونه [٢] .

اتجاه القضاء الفرنسى

٧٩١ — تتجه المحاكم الفرنسية — فيما عدا محكمة النقض — إلى إقرار التفرقة بين الجهل بأحكام قانون العقوبات والجهل بأحكام قانون آخر ، فقد حكم ببراءة محافظ رفض أن يسجل طلباً لأحد الأشخاص بترشيحه

---

(١) انظر بياناً مفصلا لموقف القضاء من هذا الموضوع : الدكتور محمود نجيب حسنى ، القصد الجنائى ، مجلة القانون والاقتصاد س ٢٨ ص ١٩٣ .

(٢) وهذه الأمثلة هى لحالات جهل أو غلط تعلق بقواعد قانونية لا تنتمى إلى قانون العقوبات ، أما الجهل أو الغلط فى أحكام قانون العقوبات فأظهر صوره أن يجهل الجانى أن القانون يجرم فعله أو أن يفسر القانون تفسيراً خاطئاً بحيث يخرج فعله من نطاقه كما لو جهل من أصدر شيكاً بغير رصيد أو أخرج من البلاد أموالا دون أن يتبع الإجراءات الواجبة ، أن القانون يجرم فعله .

للانتخابات معتقداً خطأ أن قانون الانتخاب الذى يحدد شروط الصلاحية لعضوية البرلمان لا يخوله الحق فى الترشيح [١] . وقضى ببراءة زوجة من جريمة الزنا ، وكانت قد حصلت على حكم غير نهائى بطلاقها من زوجها ، لعدم توافر القصد الجنائى لديها لجهلها قواعد القانون المدنى التى تجعل الطلاق لا ينتج أثره إلا إذا أصبح الحكم الصادر به نهائياً [٢] . وحكم ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء قصده الجنائى وكان قد استولى على الكنز الذى اكتشفه فى عقار الغير بأكمله جاهلا قواعد القانون المدنى التى تجعل له نصفه فقط وتجعل النصف الآخر لمالك العقار [٣] . وتقرر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية ضد مصرى يهودى اتهم بجريمة تعدد الزوجات وكان قد حصل فى مصر من المجلس الملى على حكم بالطلاق ثم تزوج فى فرنسا للمرة الثانية معتقداً أنه أصبح غير مرتبط بالزواج الأول نتيجة جهله أن الطلاق طبقاً للشريعة الإسرائيلية لا ينتج آثاره القانونية بمجرد النطق به بل تتراخى لحين تسلّم كل من الزوجين مستنداً يثبت الطلاق على نحو شكلى ، وكان هذا المستند لم يسلم إليه فى مصر وإنما سلم إليه فى فرنسا بكيفية تجعله مجرداً من كل قيمة قانونية ، وقد انتهت المحكمة إلى أن غلط المتهم ينفى القصد الجنائى لديه [٤] .

أما محكمة النقض الفرنسية فلم تتجه هذه الوجهة وذهبت إلى جعل افتراض العلم بالقانون شاملا القواعد القانونية كافة ، فقضت بأن الاعتذار بالجهل بالقانون لا يقبل من أعضاء لجنة إدارية رفضوا تنفيذ حكم قضائى بإثبات ومحو أسماء بعض الناخبين معتقدين أن هذا الحكم غير واجب التنفيذ للطعن فيه بالنقض حالة أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم ، وقد أقامت

---

(١) Cour d'orléans, 22 Juillet. 1949, Cité par Donnedieu De Vabres, Précis de droit criminel 3e éd. n. 97 p. 27.

(٢) Tribunal Correctionnel de Chateau Thierry, 12 décembre 1947 Gaz. pal, 11 février 1948.

(٣) Cour de Paris, 2 décembre 1924, Recueil de Droit Commercial, août, septembre 1925. 2. 359.

(٤) Chambre des mises en accusation de la cour de paris, 31 mai 1949 J. C. P. 49. 2. 5163 ; Voy. les observations de Louis Hugueney, Rev. de Science Crim. 1950 p. 53.

المحكمة قضاءها على افتراض العلم بالقانون فى حق المتهمين وعمومية قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل أو الغلط فى القانون(١) . وكان منطق التفرقة يوجب الاعتداد بهذا الغلط لتعلقه بقواعد الإجراءات والمرافعات وتبرئة المتهم على أساس انتفاء القصد الجنائى لديه نتيجة هذا الغلط .

اتجاه القضاء الألمانى(٢)

٧٩٢ – أخذت بالتفرقة المتقدمة المحكمة الألمانية العليا **Das Reichg. ericht** وظلت تؤكدها فى أحكام عديدة جاوزت المائتين والخمسين حكماً فصلت بها فى الكثير من المشاكل التى تثيرها هذه التفرقة وحاولت أن تضع معياراً واضحاً لها . ذهبت المحكمة إلى أنه إذا تعلق الجهل والغلط بفكرة قانونية ينص عليها وينظمها قانون آخر غير قانون العقوبات فاقتبسها قانون العقوبات واعتمد عليها لتحديد أركان جريمة من الجرائم دون أن يدخل تعديلا عليها فإن هذا الغلط ينفى القصد الجنائى ، أما إذا تعلق الغلط بفكرة قانونية ابتكرها قانون العقوبات ونظمها تنظيماً لم ينقله من قانون آخر كان غلطاً لا ينفى القصد الجنائى . وإذا كانت الفكرة معروفة ومنظمة فى قانون آخر فاقتبسها قانون العقوبات وأعاد تنظيمها على نحو مختلف لم يتقيد فيه بقواعد القانون الآخر كان الغلط فيها غير ناف للقصد الجنائى . وتعويلا على ما تقدم قضت بأن فكرة الإضرار بالذمة المالية التى تنص عليها المادة ٢٦٣ من قانون العقوبات الألمانى وتعتبرها ركناً فى جريمة النصب ، وفكرة الأمر الصادر من سلطة فى حدود اختصاصها وطبقاً للقانون التى تنص عليها المادة ١١٠ عقوبات ألمانى والتى تعاقب من يحرض علناً على عصيان هذا الأمر ، هما فكرتان تنتميان إلى قانون العقوبات والغلط فيهما لا ينفى القصد الجنائى . وإلى جانب ذلك قضت بأن فكرة الملكية هى فكرة لا تنتمى إلى قانون العقوبات ، فإذا اعتقد المتهم أن الشىء المملوك لغيره هو مال مباح انتفى القصد الجنائى لديه . وقضت بأن تحديد « الموظف العام » هو تحديد لفكرة

---

(١) Cass. 31 octobre 1930. Gaz. pal. 1930 2. 673.

(٢) كل ما أوردناه بالمتن من اتجاهات القضاء الألمانى مأخوذ عن مقال الدكتور محمود نجيب حسنى سالف الذكر المشار فيه إلى مصادره من المراجع الألمانية .

تنتمى إلى قانون آخر غير قانون العقوبات فالغلط فيها ينفى القصد ، وبأن فكرة « المخالفة لواجبات المهنة » التى تنص عليها المادة ٣٥٦ من قانون العقوبات الألمانى التى تعاقب المحامى الذى يقدم مشورته أو مساعدته لطرفى الخصومة على نحو مخالف لواجبات المهنة هى فكرة لا تنتمى لقانون العقوبات وإنما تحددها القوانين المتعلقة بمهنة المحاماة فإذا تعلق الغلط بأن اعتقد المتهم أنه لا يخالف بعمله واجبات مهنته اعتبر القصد الجنائى منتفياً لديه . وعلى الرغم من إصرار المحكمة العليا على فكرة التمييز بين قواعد قانون العقوبات وقواعد القوانين الأخرى وافتراض العلم بالأولى افتراضاً مطلقاً لا يقبل قيوداً أو استثناءات ، سواء منها القواعد التى تحدد التكييف الذى تكتسبه بعض القواعد لكى تصير به صالحة لتعد عنصراً فى الجريمة وتلك التى تتعلق بقواعد التجريم ، وعدم افتراض العلم بقواعد القوانين الأخرى ووجوب ثبوته على وجه اليقين ، فإن الفقه الألمانى قد انتقدها كما رفضت الأخذ بها بعض المحاكم الأدنى درجة . ولما انتهى عهد المحكمة العليا عام ١٩٤٥ وحلت محلها المحكمة الاتحادية **Der Bundesgerichtshof** رفضت هذه الأخيرة التفرقة السابقة واتجهت وجهة أخرى .

٧٩٣ – يرى القضاء الألمانى الحديث أن القول بافتراض العلم بقواعد قانون العقوبات هو قول يناقض المبادئ الأساسية فى القانون ، ذلك أن افتراض العلم بقواعد التجريم واعتبار الجانى مسئولا عن جريمة عمدية على الرغم من ثبوت جهله بتجريم القانون فعله وعلى الرغم من الظروف التى قد تحيط به وتجعل علمه بالتجريم مستحيلا استحالة مطلقة ، يناقض المبدأ الأساسى الذى يتطلب للجريمة ركناً معنوياً ويأبى أن يوقع العقاب إذا لم تكن الإرادة قد اتخذت وجهة لا يقرها القانون سواء فى صورة القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى . ويعبر الفقه الألمانى عن هذا المبدأ بالقول « حيث لا خطيئة فلا عقوبة **ohne schuld keine strafe** » . ولذلك ترى المحكمة الاتحادية أن المذهب القديم الذى كان يعتنقه القضاء الألمانى يؤدى إلى تقرير مسئولية مادية لا تتفق ومبادئ التشريع الجنائى الحديث ، كما ترى أن المسئولية الجنائية لا يمكن أن يكون لها محل إلا إذا علم الجانى وقت مقارفة فعليه أنه يأتى أمراً غير مشروع أو كان فى مكنته لو استغل كل وعيه وإدراكه

أن يعلم ذلك . وقد قررت المحكمة هذا المبدأ الهام فى حكم أصدرته بتاريخ ١٨ مارس سنة ١٩٥٢ ثم أكدته بعد ذلك فى أحكام عديدة . وتعويلا على ذلك فإن المسئولية العمدية تتطلب العلم بالصفة الإجرامية للفعل أو استطاعة هذا العلم دون أن يُعدّ ذلك بين عناصر القصد الجنائى الذى تقتصر عناصره — فى رأى المحكمة الاتحادية — على العلم بالوقائع وإرادتها فيكون ، وفق تعبيرها ، قصداً منصرفاً إلى الفعل وما يحيط به أو يترتب عليه من وقائع . وقد صرحت المحكمة بأنها ترى الأخذ بنظرية الركن المعنوى أى نظرية الخطيئة كما أوضحت رفضها نظرية القصد وهى النظرية التى ترى اعتبار العلم بالصفة غير المشروعة للفعل أو استطاعته عنصراً فى القصد الجنائى . وحددت المحكمة بعد ذلك ما تعنيه باستطاعة العلم فقالت إن الفاعل مكلف بأن يستغل كل إمكانياته الذهنية وكل قدرته على تحديد قيم الأشياء لكى يقرر لمسلك معين حكمه من حيث شرعيته أو عدم شرعيته . أما إذا تعلق الأمر بعناصر الجريمة فإن العلم الفعلى بتوافرها أمر لا غنى عنه كى يتوافر القصد الجنائى ، ولا يغنى عن العلم الفعلى استطاعة العلم ، فإذا لم يعلم الجانى بتوافر عناصر الجريمة فلا يسأل عمداً ولو ثبت أنه كان يستطيع هذا العلم . ولم تفرق المحكمة الاتحادية بين عناصر الجريمة من حيث طبيعتها ، فسواء أكان العنصر واقعة أم تكييفاً لواقعة فانصراف العلم إليه لا بد منه . ولا فرق بين التكييف القانونى والتكييف غير القانونى ، ولا فرق بين تكييف قانونى يتوقف على تطبيق قواعد قانون العقوبات وتكييف يتوقف على تطبيق قواعد قانون آخر ، وبذلك نبذت المحكمة التفرقة بين الجهل أو الغلط فى قانون العقوبات والجهل أو الغلط فى القوانين الأخرى ورأت أن تحل محلها تفرقة أخرى هى التفرقة بين الجهل أو الغلط فى النهى والجهل أو الغلط فى عناصر الجريمة : فالنوع الأول تعنى به المحكمة الجهل أو الغلط فى التجريم أى اعتقاد الجانى شرعية سلوكه فى حين أنه نشاط غير مشروع ، والنوع الثانى تعنى به المحكمة اعتقاد الجانى أن أحد عناصر الجريمة لم يتوافر فى حين أنه قد توافر فعلا . وتكمن أهمية هذه التفرقة فى أن الغلط فى عنصر من عناصر الجريمة ينفى القصد الجنائى حتماً فى حين أن الغلط فى التجريم لا ينفى القصد الجنائى لأن العلم بالصفة غير

المشروعة للفعل ليس عنصراً فى القصد الجنائى ولا ينفى المسئولية العمدية إذا كان الجانى على الرغم من جهله بالتجريم يستطيع أن يعلم به ، فالغلط فى التجريم لا ينفى المسئولية العمدية إلا إذا لم يكن سبيل لتجنب الوقوع فيه أى إذا ثبت أن الجانى لم يكن فى استطاعته أن يعلم بتجريم القانون فعله .

نظرة فى اتجاه القضاء الألمانى القديم والحديث

٧٩٤ — إذا أخذنا بالتفرقة بين الغلط فى التجريم والغلط فى عناصر الجريمة(١) ، وهى التفرقة التى ابتدعها القضاء الألمانى الحديث ، فإن ذلك يؤدى إلى أن الغلط المتعلق بهذه العناصر يُعتدّ به فينفى القصد الجنائى . أما إذا أخذنا بالتفرقة القديمة بين قواعد قانون العقوبات وقواعد غيره من القوانين فإن الغلط المتعلق بهذه العناصر لا يعتد به لأن بعض عناصر الجريمة لا تعدو أن تكون تكييفاً متوقفاً على تطبيق قواعد قانون العقوبات . وقد رأت المحكمة الاتحادية فى التفرقة التى ابتدعتها الوسيلة لتجنب النتائج الشاذة التى تجافى العدالة والتى أدت إليها التفرقة القديمة ، ومذهبها ذاك يفضل دون شك مذهب القضاء الألمانى قبل عام ١٩٤٥ ، فالمسئولية العمدية تتطلب العلم بأن الفعل غير مشروع أو استطاعة العلم بذلك وهذا أقرب إلى المنطق وأدنى إلى تحقيق العدالة من افتراض العلم بقانون العقوبات : فالافتراض فكرة تتعارض ومبادئ التشريع الجنائى الحديث حالة أن تطلب العلم بالصفة غير المشروعة أو استطاعة ذلك يكفل ألا يسأل الجانى إلا إذا كانت إرادته مخطئة وفى ذلك تسليم بما يراه الشارع الجنائى الحديث من رفض فكرة المسئولية المادية التى تقوم دون ركن معنوى تعتمد عليه . ويكفل هذا الرأى تحديد نطاق المسئولية الجنائية بحيث تستبعد حين يثبت أنه لم يكن فى استطاعة الجانى أن يعلم بالصفة غير المشروعة لسلوكه وبذلك تتحقق العدالة دون اضطرار إلى إيراد استثناءات على افتراض العلم بالقانون لا تتفق مع طبيعة الافتراض ولا تجمعها به فكرة واحدة . ولم يفت المحكمة الاتحادية أن تلاحظ أن فكرة « استطاعة العلم » لا تتفق مع طبيعة القصد الجنائى الذى يتطلب علماً فعلياً وإرادة حقيقية فاستبعدت العلم

(١) ومعيار التمييز بين الغلط فى التجريم والغلط فى عناصر الجريمة أن الأول ينصب على الوصف القانونى لنشاط الجانى فى مجموعه أما الثانى فيتعلق بعناصر الجريمة كل على حدة .

أو استطاعته من عداد عناصر القصد الجنائى وجعلت منهما عنصراً جديداً من عناصر الركن المعنوى للجريمة العمدية . ولكن موقف المحكمة فى هذا الخصوص يعوزه الأساس القانونى السليم وينطوى على تجريد فكرة القصد الجنائى من مدلولها القانونى[1] . وأما رفضها التفرقة بين الغلط فى قانون العقوبات والغلط فى غيره من القوانين فهو نظر سليم بالنظر إلى ما يعيب هذه التفرقة من مآخذ سنعرض لها فيما بعد . والتفرقة بين الغلط فى التجريم والغلط فى عناصر الجريمة هى تفرقة تستند إلى أساس قانونى صحيح ، فالجريمة تتطلب عناصر كثيرة وتقضى طبيعة الأشياء أن تختلف هذه العناصر فى ماهيتها اختلافاً كبيراً ، فالشارع ينهى عن فعل يمس حقاً جديراً بالحماية ويجرم الشارع الفعل باعتباره مرتبطاً بمجموعة من الوقائع تحدد دلالته وتثبت خطورته على الحق الذى يحميه ، وتعد هذه الوقائع بدورها عناصر الجريمة . وفى كثير من الجرائم لا تكتسب الوقائع أهميتها القانونية إلا إذا امتازت بصفات معينة فحملت تكييفاً خاصاً يحدده القانون ويعد هذا التكييف عنصراً بين عناصر الجريمة لا تقوم بدونه ولو توافرت لها كل الوقائع التى تتطلبها . ويقضى منطق الأشياء أن ينصرف العلم إلى هذه العناصر جميعاً حتى تكتمل للمسئولية العمدية كل مقوماتها لأن القصد يعنى أن الجانى وجه إرادته إلى كل أجزاء الجريمة وتعمد أن يخرج على القانون بالنسبة لكل جزء من هذه الأجزاء ، فإذا انتفى العلم بعنصر من عناصر الجريمة لم يعد متصوراً أن تتجه الإرادة إليه وأن يكون موقف الجانى بالنسبة له هو موقف التعمد[2] . والتفرقة التى تقول بها المحكمة الاتحادية تكفل المساواة بين عناصر الجريمة وهى بذلك تقترن بالصواب لقيامها على التمييز بين التكييف الجنائى العام والموضوع الذى ينصب عليه هذا التكييف ، وهو أساس قانونى صحيح .

موقف المشرع الايطالى

٧٩٥ — مر بنا أن المشرع الإيطالى وضع نصاً صريحاً بيّن فيه حكم الغلط

(١) وقد سبق أن أوضحنا هذه الانتقادات عند دراسة النظرية التى يستبعد أنصارها العلم بالقانون أو استطاعته من عداد عناصر القصد الجنائى — راجع ص ٩٦٦ — ٩٦٨ .

(٢) انظر محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق .

فى القواعد القانونية التى لا تنتمى لقانون العقوبات ، فقرر فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٧ من قانون العقوبات أن « الغلط فى قانون غير قانون العقوبات يستبعد العقاب إذا سبب غلطاً متعلقاً بالواقعة التى تكون الجريمة » . وواضح من هذا النص أن الشارع الإيطالى لا يعنيه الغلط فى القانون ذاته ولكن يعنيه الأثر الذى يترتب عليه ، فإن ترتب عليه غلط فى الوقائع انتفت المسئولية الجنائية أما إذا لم يترتب عليه مثل هذا الأثر فإن المسئولية الجنائية تظل قائمة . ويقال إن انتفاء المسئولية الجنائية ليس نتيجة للغلط فى القانون ولكنه نتيجة لما يترتب عليه من غلط فى الوقائع ، وقد بين الشارع الإيطالى فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٧ حكم هذا الغلط فى الوقائع . وصرحت الأعمال التحضيرية للقانون بأن الشارع يرفض النظرية التى تعترف لكل غلط فى قانون غير قانون العقوبات بالأثر النافى للقصد الجنائى ورأى أن يقتصر هذا الأثر على حالة ما إذا ترتب على الغلط فى القانون غلط فى الوقائع[1] . ويجب أن تربط بين المادة ٤٧ والمادة الخامسة من قانون العقوبات التى جرد الشارع الإيطالى فيها الجهل أو الغلط فى قانون العقوبات من كل أثر قانونى . ولكى نوضح خطة القانون الإيطالى فإننا نلاحظ أن الغلط الذى يعتد به فى نفى القصد الجنائى هو الغلط الذى ينصب على علاقات أو مراكز أو مصالح تعد بين عناصر الجريمة وتخضع لتنظيم تنص عليه قوانين أخرى غير قانون العقوبات وتكتسب به صلاحيتها كى تكون عنصراً فى الجريمة . وبذلك لا ينظر الشارع إلى القاعدة القانونية فى ذاتها ولا ينظر إلى الغلط على أنه منصب عليها وإنما ينظر إلى الواقعة التى تحكمها هذه القاعدة وتعطيها تكييفها القانونى ويرى الغلط منصباً عليها ويعتبره بهذه الصورة محلا لاعتداد القانون به[2] . وتفسير اعتداد القانون بهذا الغلط هو أن القصد الجنائى يتطلب

(١) تقرير رئيس اللجنة الوزارية على مشروع قانون العقوبات نقلا عن مانسينى مشار إليه بمقال الدكتور محمود نجيب حسنى .

(٢) فإذا اعتقد السارق أن الشىء مملوك له فلا يعنينا الغلط الذى تعلق بقاعدة القانون المدنى التى تنظم حق الملكية وإنما يعنينا الغلط الذى انصب على الملكية ذاتها كمركز قانونى أو على الشىء من حيث وضعه بالنسبة لشخص معين ، وهذا الغلط متعلق بالوقائع لا بالقانون ، وإذا اعتقدت الزوجة الزانية أنها تحررت من رباط الزوجية فلا يعنينا الغلط الذى تعلق بقاعدة =

العلم بكل العناصر التى تقوم عليها الجريمة ، والغلط ينفى هذا العلم . ومن ثم يتضح أن الاعتداد بهذا الغلط لا ينقص شيئاً من القوة الإلزامية للقاعدة القانونية وإنما يكفل للقصد الجنائى التحديد الصحيح بتطلبه انصراف العلم إلى كل الوقائع التى تقوم عليها الجريمة وإلى الوصف الذى تكتسبه .

٧٩٦ — ولكن الحكم الذى يقرره الشارع الإيطالى يعوزه الأساس المنطقى السليم : فالغلط لم ينصب على الواقعة ذاتها وإنما انصب على التكييف القانونى لها ، وهذا التكييف لا يعدو أن يكون حكم القانون مخصصاً فى حدود الواقعة . ولا نزاع فى أن الجهل إذا تعلق بالتكييف القانونى للواقعة فقد تعلق فى الوقت نفسه بالقاعدة القانونية التى تحكم هذا التكييف ولا سبيل إلى التفرقة بين الأمرين وإعطاء كل منهما حكماً مختلفاً من حيث افتراض العلم به . ويرى الدكتور محمود نجيب حسنى[1] ، ونحن معه فى هذا الرأى ، أن مثل هذا الغلط لا شأن له بالغلط فى الواقع إذ يفترض هذا الأخير اعتقاداً غير صحيح تعلق بالواقعة من حيث كيانها المادى كأن يتوهم وجود واقعة غير موجودة أو يعتقد انتفاء واقعة قد توافرت أو يتصورها قائمة على عناصر مادية مختلفة عما هى قائمة عليه . أما الغلط المتعلق بالتكييف فهو بعيد كل البعد عن الغلط فى الواقع لأنه يتعلق بصفة أو مدلول ليس له كيان مادى . والفرق لا شك واضح بين حالة شخص يستولى على شىء مملوك لآخر لأنه يخلط بينه وبين الشىء المملوك له بالنظر للتشابه المادى بينهما ، وحالة شخص يستولى على شىء مملوك لغيره لأنه يعتقد أن قواعد الميراث تجعل الملكية له دون الوارث الحقيقى أو أن قواعد العقد تجعل انتقال الملكية فى المنقول المعين بالنوع غير متوقفة على الإفراز[2] .

— الأحوال الشخصية التى تحكم انحلال الزواج وإنما يعنينا الغلط الذى انصب على علاقة الزوجية كرابطة بين شخصين لها كيانها المستقل عن القاعدة القانونية وإن كانت خاضعة لها .

(١) فى مقاله السابق .

(٢) ويبدو الأمر أكثر وضوحاً لو قارنا بين الجهل بأحكام قانون العقوبات والجهل بأحكام القوانين الأخرى ، فمن يجهل تجريم القانون فعله يتعلق جهله دون شك بقاعدة قانونية ، ولكن هذا الجهل يؤدى إلى غلط متعلق بوقائع الجريمة وماديتها إذ يترتب عليه اعتقاده أن الفعل مشروع ، أى إلى تصوره الواقعة مكتسبة تكييفا مختلفا عن تكييفها —

اتجاه القضاء المصرى

٧٩٧ — ذهبت محكمة النقض بادئ ذى بدء إلى عدم الاعتداد بالغلط فى أحكام القانون ولو كان غير قانون العقوبات ، فقضت بأنه لا يحول دون قيام المسئولية الجنائية عن جريمة السرقة وقوع الجانى فى غلط فى تفسير نصوص القانون المدنى أدى به إلى غلط فى شأن ملكية المال المختلس كما فى حالة لاعب القمار الذى يسترد بالقوة ما خسره فى اللعب اعتقاداً منه أن المجنى عليه قد أخذ ماله بطريقة غير مشروعة وبالتالى اعتقد على سبيل الغلط أن المال الذى اختلسه ما زال مملوكاً له من دون المجنى عليه[1] . وفى قضية أخرى تتلخص وقائعها فى أن رئيس ورهبان دير استولوا بالقوة على أموال قس ظناً منهم أنهم يأخذون أموالا مملوكة للدير ليردوها إليه ، قررت المحكمة أن « نية المتهمين السليمة المدعى بها قد تستنتج من خطأ قانونى بشأن الملكية وذلك ما لا يمكن قبوله مع وجود المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى جاء فيها أنه لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين والأوامر العالية من يوم وجوب العمل بمقتضاها[2] .

٧٩٨ — بيد أنها أخذت بعد ذلك تتجه إلى الاعتداد بالغلط فى أحكام ما عدا قانون العقوبات دون أن تحسم الأمر صراحة ، فقررت أنه « إذا لم يقم دليل على أنه لا شبهة لدى المتهم فى ملكية المجنى عليه للشىء المسروق وأن

— الحقيق ، فهل يسوغ القول إن هذا الغلط خليط مركب من غلط فى الواقع وغلط فى القانون ، أو أنه غلط فى الواقع فيكون له فى النهاية حكم الغلط فى الواقع ؟ الحق إن هذا القول يعيبه ما يعيب القول إن الجهل بقاعدة قانونية لا تنتمى لقانون العقوبات هو خليط مركب من غلط فى الواقع وغلط فى القانون ، وهو ما تستند إليه محكمة النقض المصرية فى تبرير التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى واعتبارها الجهل أو الغلط فى القانون والجهل أو الغلط فى الواقع شيئاً واحداً على الرغم من الفارق الأساسى بينهما على ما سنوضحه عند الكلام على اتجاه القضاء عندنا فى هذا الخصوص . ونحن إذا افترضنا العلم بقواعد القانون فى جملتها وجب أن نفترض العلم بالتكييف القانونى الذى تقرره أحكامها دون أن نفرق بين أنواع القواعد القانونية . وقد سبق أن بينا ، وسنعود إلى ذلك ، أن قصر افتراض العلم على بعض قواعد القانون دون البعض الآخر أمر لا يتفق مع طبيعة القواعد القانونية .

(١) نقض أول سبتمبر ١٩٠٩ ، المجموعة الرسمية س ١١ ص ٣٦ .

(٢) نقض ٣ يونيه ١٩١١ ، المجموعة الرسمية س ١٢ ص ٢٧٥ .

أخذه للشيء إنما كان اختلاساً له وسلباً من مالكه الذى يعتقد هو أن الملكية خالصة له من دونه فلا يتحقق القصد الجنائى فى السرقة » [1] . ويتطلب هذا الحكم لتوافر القصد الجنائى فى السرقة ، ثبوت علم المتهم بأن الشيء مملوك للمجنى عليه وانتفاء كل شبهة لديه فى ذلك ، فإذا قامت الشبهة انتفى القصد الجنائى ، والشبهة هى غلط ، ولم تفرق المحكمة بين الغلط فى الوقائع كأن يخلط المتهم بين شيئه والشيء المملوك لغيره ، والغلط فى القانون كأن يعتقد أن قواعد القانون تقرر له ملكية الشيء مما يستفاد منه أن المحكمة تسوّى بينهما وتعتدّ بكليهما للقول بانتفاء القصد الجنائى . وقد طبقت المحكمة هذا المبدأ العام وقضت ببراءة المتهم وكان الغلط مزيجاً من غلط فى الواقع وغلط فى القانون ، إذ استند المتهم إلى اتفاق شفوى يقرر له الملكية واعتقد أن القانون يعترف له بناء على هذا الاتفاق بالملكية .

٧٩٩ — وأخيراً قررت محكمة النقض صراحة التفرقة بين قانون العقوبات وغيره من القوانين ، فأقرت براءة متهمين بجريمة التزوير وكانوا قد قرروا انتفاء موانع الزواج فى حين كان المانع قائماً لأن الزوجة هى خالة الزوجة الأولى لنفس الزوج ، وقد ثبت جهل المتهمين بقواعد الشريعة الإسلامية التى تحرم الجمع بين المرأة وخالتها [2] ، فقررت المحكمة أن « جهلهم والحالة هذه لم يكن عدم علم بقانون العقوبات بل جهلا بواقعة حال [3] هى ركن من أركان جناية التزوير المرفوعة بها الدعوى يرجع إلى عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات وهو قانون الأحوال الشخصية . فهو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات مما يجب قانوناً — فى صدد المساءلة الجنائية — اعتباره فى

(١) نقض ٢٨ فبراير ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ١٩٧ .

(٢) قال الرسول عليه السلام (ولا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم) .

(٣) وواقعة الحال هنا هى تغيير الحقيقة ، فن يجهل أنه غير خال من الموانع الشرعية يجهل أنه يغير الحقيقة ومن ثم لا يمكن القول إن القصد الجنائى متوافر لديه لأن من عناصره فى جريمة التزوير أن يكون الجانى وهو يغير الحقيقة عالماً أنه يغيرها — انظر محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص فقرة ١٢٦ و ١٢٧ .

جملته جهلا بالواقع ومعاملة المتهمين بمقتضاه على هذا الاعتبار » . وقد وضعت المحكمة شرطاً لقبول هذا الاعتذار هو أن يقيم المتهم « الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعا كانت له أسباب معقولة » [1] .

وقد استقر القضاء فى أحكام عديدة تالية على الأخذ بهذه التفرقة . ونحن لا نعتقد أن محكمة النقض قد هجرت هذه التفرقة حين قضت بأن الجهل بقانون الضرائب لا يصلح عذراً لنفى المسئولية [2] . ذلك أن هذا القانون ذو جزاء عقابىّ ، وهو بهذه المثابة قانون مكمل لقانون العقوبات فيأخذ حكمه ، ومن ثَمَّ لا ينفى الغلط فيه القصد الجنائى . . وقد صرحت المحكمة بعد ذلك بتمسكها بهذه التفرقة فقضت بأن الجهل بقاعدة مقررة فى قانون الأحوال الشخصية ينفى القصد [3] . وقضت كذلك بأن الغلط فى قواعد التنفيذ المدنية ينفى القصد [4] . كما قضت بأن الخطأ فى فهم أسس القانون الإدارى يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم [5] .

(١) نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ ص ٢٤٧ .

(٢) نقض جنائى ١٢ إبريل ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى س ٦ ص ٨٤٣ .

(٣) نقض جنائى ٢ نوفبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٨٤٤ وقد ورد بهذا الحكم « متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم المطعون فيه هى أن المتهمين حين مباشرة عقد النكاح — وهو عمل مشروع فى ذاته — قررا بسلامة نية أمام المأذون وهو يثبت لهما عدم وجود مانع من موانعه كانا فى الواقع يجهلان وجود هذا المانع . . فإن جهلهما فى هذه الحالة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما هو جهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة القانونية وبالواقع فى وقت واحد مما يجب قانوناً فى المسائل الجنائية اعتباره فى جملته جهلا بالواقع مما ينتفى معه القصد الجنائى الواجب توافره فى جريمة التزوير » .

(٤) نقض جنائى ١٥ مارس ١٩٦٠ س ١١ ص ٢٧٠ ، وقد ورد بهذا الحكم « من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيه — وهو فى خصوص الدعوى خطأ فى فهم قواعد التنفيذ المدنية — يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم ، فإذا كان الحكم قد التفت عن الرد على ما تمسك به المتهم من عدم توافر القصد الجنائى لديه لأنه حين تصرف فى المحجوزات كان يعتقد زوال الحجز بعد إلغاء أمر الأداء الذى وقع الحجز نفاذاً له — وهو دفاع جوهرى — فإنه يكون مشوباً بالقصور بما يستوجب نقضه » .

(٥) نقض جنائى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفنى س ٧ ص ١٣٢١ .

وقضت أيضاً بأن « دعوى الطاعن بأنه أجرى فى بنائه القديم تعديلا لا يرقى إلى مرتبة الإنشاء الجديد ، إنما هى دعوى بجهل مركب من جهله بقاعدة قانونية مقررة فى القانون المدنى وبالواقع فى وقت واحد ، مما يجب قانوناً فى المسائل الجنائية اعتباره فى جملته جهلا بالواقع[1] » .

المطلب الثالث

الغلط الحتمى

٨٠٠ — رأينا كيف أن القضاء يستلزم توافر الاستحالة المطلقة نتيجة للقوة القاهرة التى تسد جميع منافذ العلم بالقانون الجنائى ، كاستثناء لمبدأ افتراض العلم بهذا القانون بقرينة نشره . ولما كانت ثمة حالات وإن كانت لا تتوافر فيها الاستحالة المطلقة إلا أن الجانى أتى فعله الذى يجرمه القانون وهو يعتقد شرعيته نتيجة جهله بالتفسير الصحيح للنص القانونى أو لأى سبب آخر ، ولم يكن فى مكنته بذل الجهد الذى يبذله الشخص العادى المتوسط العناية والحذر التى تحيط به نفس الظروف أن يتفادى هذا الغلط ، فقد اتجه رأى فى الفقه إلى الاعتداد بالغلط فى هذه الحالة واعتباره بمثابة استثناء يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون العقابى على تقدير أنه غلط

---

(١) نقض جنائى أول فبراير ١٩٦٦ س ١٧ ص ٨٦ وقد ورد بهذا الحكم « ولا حق للمستأجر فى المطالبة بخفض الأجرة إلا أن يتمسك المؤجر بحقه فى زيادتها على أساس استحداثه للبناء لأن ثمة مقابلة بين الحقين لا يتصور أولها إلا فى مواجهة ثانيهما لأنه لا تخفيض إلا من زيادة . ولما كان لا يوجد مانع فى القانون أو فى الواقع من إقامة منشآت جديدة فى مبنى قديم بحيث تعتبر مساكن جديدة لا تخضع لقانون الإيجارات الذى يخضع له المبنى القديم ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون ولهذه تغييرات مادية جوهرية فى الأجزاء الأساسية من المبنى الأصلى ، ولا يدخل فى هذا الباب التعديلات والتحسينات التى يجريها المالك لتسهيل استغلال مبناه القديم مما لا تصحبه تغييرات فى أجزائه الأساسية ولما كان التحدى بإحداث تغييرات أساسية فى مبنى قديم لا يكون إلا من أحدثها بنفسه أو بواسطة سلفه ليتحلل من قيد الأجرة القديمة المقررة للمبنى ، فإن كان هذا لا يرى أن يعتبرها أساسية ولا يرى أنها تستوجب زيادة أجرة المبنى — فهذا حقه ولا يجوز للمستأجر أن يصادر حريته فيما يرى من ذلك » .

هذا وبعد أن قررت المادة ٣٠ من مشروع قانون العقوبات عندنا عدم قبول الاحتجاج بجهل أحكام قانون العقوبات أردفت تقول « ومع ذلك يعتد بالجهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر متى كانت منصبة على أمر يعد عنصراً فى الجريمة » .

حتمى **erreur invincible** . أما الغلط التقصيرى **l'erreur vincible**[1] وهو الذى كان يمكن للجانى تفادى الوقوع فيه فلا يعتد به فى معرض نفى المسئولية . ويتضح مما تقدم أن المعيار الذى تعرف به هذه الحالة من الغلط هو فى أصله معيار مجرد قوامه الشخص المعتاد ، ولكن هذا المعيار ليس مجرداً خالصاً بل تدخل فى تكوينه عناصر واقعية مستمدة من الظروف التى أتى فيها الجانى فعله . ولهذا الرأى السند الذى يبرره ، ذلك أنه إذا كان موقف الجانى — فى جهله وفى تصرفه الذى أتاه تحت تأثير هذا الجهل — متجرداً من الخطأ ، فلا مجال للوم يوجهه القانون إليه ولا محل بالتالى لمسئولية يحملها له . وهذا الرأى كما ذكرنا يشكل قيداً يرد على افتراض العلم بالقانون فيخفف من حدته ويضمن اتساقه مع مبادئ العدالة . والبون شاسع بينه وبين استحالة العلم بالقانون التى أوردناها فى المطلب الأول : فالاستحالة تفترض ظروفاً مادية تجعل علم الجانى بالقانون غير ممكن مهما بذل من جهد ، أما الغلط الحتمى فقوامه حالة نفسية تبررها ظروف يعذر من أجلها الجانى ، فمن يعتقد شرعية فعله لأنه تلقى تأكيداً بذلك من موظف مختص أو لأنه اعتقد أنه يباشر حقاً أو يسترد ما اغتصب منه لم يكن علمه بالقانون مستحيلا ، ولكنه فى ظروف يلتمس فيها لغلطه العذر ، وقد تصرف على النحو الذى كان يفعله الشخص المعتاد .

٨٠١ — وقد تجاوز هذا الرأى نطاق الفقه إلى مجال القضاء . ففى قضية تتحصل وقائعها فى أن مالكة استصدرت حكماً من القضاء المستعجل بطرد غاصب من العين المملوكة لها ولعدم استطاعتها تنفيذ الحكم بمعاونة السلطات العامة فقد استعانت ببعض أفراد أسرتها الذين ألقوا بمنقولات الغاصب خارج العين ، ولما قدموا للمحاكمة بتهمة انتهاك حرمة مسكن الغير أدانتهم محكمة أول درجة ، ولكن محكمة باريس[2] التى طرح عليها الاستئناف المرفوع

---

(١) انظر **Legros, L'élément Moral, op. cit. p. 53.** والترجمة الحرفية لكلمة **invincible** هى « الذى لا يدحض » أو « الغير قابل للدحض » ويطلق عليه الدكتور محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق « الغلط دون خطأ » وقد فضلنا تسميته بالغلط الحتمى .

(٢) **Cour de Paris, 11 juill. 1953, S. 54, p. 284. V. Les observations de Hugueney, Rev. de Science crim. 1954 p. 366.**

عن ذلك الحكم قضت بإلغائه استناداً إلى انتفاء القصد الجنائي قولا إن المتهمين كان لهم الحق ، من الناحية الظاهرية ، في أن يقدروا أن احتلال الغاصب كان عدواناً واضحاً على حق الملكية لا يجعل له مسكناً في نظر القانون الجنائي . ويتضح من هذا أن المحكمة قد اعتدّت بالغلط في القانون وقد تمثل في اعتقاد المتهمين شرعية فعلهم حالة أن القانون يجرمه بحسبانه انتهاكاً لحرمة المسكن . وفي قضية ثانية تتحصل وقائعها في أن سيدة قدمت للمحاكمة بتهمة مزاولتها مهنة الطب بدون ترخيص ، وكانت قد احترفت علاج بعض عيوب النظر عن طريق رياضة العيون وقبل احترافها استشارت سكرتير نقابة الأطباء وعميد أطباء العيون ومدير الصحة في المقاطعة فأكدوا لها جميعاً أن نشاطها مشروع ولا يشكل جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص ، فقضت محكمة أول درجة ببراءتها من التهمة المسندة إليها استناداً إلى أن نشاطها لا يعد عملا طبياً . وإذ عرض الأمر على محكمة بو[1] أيدت حكم البراءة مقررة أنه وإن كانت المتهمة تزاول نشاطاً طبياً إلا أنها اعتقدت بحسن نية أنها لا تتعرض لعقاب القانون ، وإذا كانت القاعدة أنه لا يعــذر أحد بجهله بالقانون فإنه لا يمكن إلزام المتهمة بأن تفسر القانون تفسيراً أشد مما يفسره به صفوة من يمثلون الهيئات التي تسهر على احترامه . وظاهر أن هذا الحكم جعل أساس البراءة الغلط في القانون وجعل للغلط هذا الأثر لأنه لم يكن في استطاعة المتهمة تفاديه إذ قامت بالتحري ، الذي يبذله الشخص العادي في نفس الظروف ، عن مشروعية فعلها قبل الإقدام عليه توصلا إلى الوقوف على حكم القانون الصحيح فيه ، وقد شاركها في هذا الغلط من افترضت فيهم العلم الكامل بأحكام القانون[2] .

(١) Cour de pau 18 novembre 1958 D. 1954 p. 229 note F. O.

(٢) ونشير بهذه المناسبة إلى أنه على الرغم من أن فرنسا لم تتعرض قوانينها للعلاج النفسي بإباحة أو تحريم ، إلا أن القضاء هناك استقر على اعتبار مزاولة التحليل النفسي والإيحاء والتنويم المغناطيسي بغرض علاجي ، ممارسة للطب بغير ترخيص متى تمت بدون أمر طبيب مؤهل وبغير مسئوليته وإشرافه ، فقد قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٧ يونيه ١٩٣٧ بأن استخدام التنويم المغناطيسي لغرض علاجي هو علاج طبي وأن استخدام الإيحاء لنفس الغرض يعتبر هو أيضاً إجراء علاجياً مما احتفظ به القانون للأطباء ذوى الدبلومات دون غيرهم — دالوز الأسبوعي ص ٤٤٥ . كما أصدرت محكمة جنح السين في أول يوليه ١٩٥٢ حكما جاء به أن التحليل النفسي يحتاج إلى معلومات طبية لأن المحلل يشخص المرض =

٨٠٢ — أما موقف محكمة النقض الفرنسية تجاه هذا النوع من الغلط فمن العسير تحديده ، فقضاؤها المستقر منذ زمن بعيد لا يعتد به إذ يفترض العلم بالقانون في حالات عديدة يكون الغلط فيها حتمياً كما لو حرص المتهم على الاستفسار عن حكم القانون في فعله وأجابته السلطات العامة بأنه مشروع أو كان أساس الغلط قضاء مستقراً اعتبر الفعل مشروعاً[1] ، فقضاؤها إذن يرى أن الغلط في القانون لا يعتد به « أيا كان العذر الذى يقوم عليه « quelque excusable que soit l'erreur de droit »[2] . بيد أنها أصدرت مؤخراً حكماً في قضية تتحصل وقائعها في أن رب عمل اتهم بعدم إخطار السلطات العامة عن عدد من العمال يشتغلون لديه ، وهو إجراء يتطلبه القانون كقاعدة عامة ويتجاوز عنه إذا زادت مدة عقد العمل على سنة وكان ثابت التاريخ ، وثبت أن رب العمل لم يسجل عقود العمل لرفض الإدارة تسجيلها اعتقاداً منها أن القانون يعفيها من التسجيل . قضت محكمة أول درجة ببراءة رب العمل تأسيساً على أن قوة قاهرة عاقته عن الوفاء بالالتزام الذى يفرضه القانون وأبرمت محكمة النقض حكم البراءة مقررة أن عدم قيام المتهم بالإجراء الذى يتطلبه القانون مرده إلى خطأ الإدارة ولم يأت المتهم خطأ ، والغلط الذى تمثل في اعتقاده أنه غير ملزم بالإجراء هو غلط أساسه خطأ لا يسأل عنه ، وخلصت محكمة النقض من ذلك إلى أن استناد

= ويقرر العلاج بقصد الشفاء فهو بذلك إنما يقوم بعلاج طبي — دالوز ١٩٥٣ ص ٥٥٥ . وانظر ثلاث مقالات لنا نشرت بجريدة الأهرام أولها بعنوان « العلاج النفسي » والآخران بعنوان « التنويم المغناطيسي » في ١٥ مارس ١٩٥٥ و ١٧ و ١٨ أغسطس ١٩٦٤ على التوالي . كما أصدرت محكمة استئناف باريس في ١٥ يوليه ١٩٥٣ حكما قررت فيه par suite, le non médecin qui reçoit chez lui des enfants et les soumets à des séances de psychanalyse prend part habituellement au traitement de maladies par des actes personnelles, sans contrôle ni surveillance médicale et commet le délit d'exercice illégal de la médecine. دالوز ١٩٥٣ ص ٤٩٨ . وراجع مقالنا « العلاج النفسي في القانون » « المجموعة الرسمية » السنة الحادية والستون . وتعويلا على ما أوردناه بالمتن لا يقبل من المتهم في هذه الحالة أن يحتج بخلو القوانين الفرنسية من نص يحرم مزاولة العلاج النفسي على غير الأطباء أو بجهله بأحكام القضاء في هذا الخصوص ، كما لا يشفع له أن تكون نقابة الأطباء قد أفادته بعدم تجريم فعله .

(١) Cass. 9 avril 1932, Gaz, pal 1932, I. 800,

(٢) Cass 24 janvier 1936. D. p. 1936. 1. 60.

محكمة أول درجة فى قضائها بالبراءة إلى القوة القاهرة هو استناد لا يخالف القانون . وغنى عن البيان أن الوقائع السابقة تثير موضوع « الغلط الحتمى » وقد رأت فيه محكمة النقض عذراً ينفى افتراض العلم بالقانون ثم وصفته بالقوة القاهرة وهو تكييف غير صحيح لأن المتهم كان فى مقدوره أن يعرف حكم القانون ، فالوضع بعيد كل البعد عن حالات الاستحالة المطلقة (١) . ويحول هذا التكييف الخاطئ لوقائع الدعوى دون أن تنسب لمحكمة النقض الفرنسية أنها استقرت بصورة حاسمة على الاعتداد بالغلط الحتمى كعذر ينفى القصد الجنائى خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار قضاءها المستقر فى معنى عدم الاعتداد به (٢) .

(١) ينص قانون عقوبات كولومبيا فى المادة ٢٣ على استبعاد المسئولية الجنائية إذا كان الجهل بالقاعدة الجنائية « لا يرجع إلى إهمال من الفاعل » — رمسيس بهنام « النظرية العامة ص ١٨٤ .

(٢) وعلى العكس من هذا موقف محكمة النقض الفرنسية فى نطاق المسائل المدنية إذ يمكس قضاؤها فى هذا النطاق اتجاهات أكثر مرونة وأكثر واقعية : فالمادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى مثلا تسمح للمشترى — فى حالات معينة — أن يتحلل من عقد البيع إذا استبان أنه محمل بحقوق ارتفاق غير ظاهرة ولم يعلن البائع عنها ، واعتنق القضاء الفرنسى ، تفسيراً لهذه المادة ، نظراً مؤداه أن البائع لا يلزم بالإعلان عن حقوق الارتفاق القانونية التى يكون العقار المبيع محملا بها ولو لم تكن ظاهرة إعمالا لمبدأ افتراض العلم بالقانون . ثم عدل القضاء عن هذا النظر مقرراً مسئولية البائع إذا كانت حقوق الارتفاق ترتبت بناء على قرار إدارى أو عندما لا تكون هذه الحقوق نتيجة طبيعية للملكية «.. le vendeur doit garantie lorsque la servitude résulte d'un arrêté administratif ou d'un plan d'urbanisme spécial . . » — cass., 1° sect civ., 15 juill. 1954, Bull-civ., 1954. 1. 211 — « . . lorsque la servitude ne constitue pas une conséquence normale de la propriété » — cass., 1° sect. civ., 21 févr. 1956, D., 1956. 285, J. C. P., 1956. 11. 9200, note Blin.

وتعويلا على ذلك وضعت محكمة النقض الفرنسية معياراً حاصله أن تكون حقوق الارتفاق القانونية ليس ثم التزام على البائع بأن يعلن عنها وألا تكون ظاهرة وألا تسمح حالة العقار للمشترى بأن يشتبه فى وجودها « il en va désormais autrement des charges exceptionnelles, que l'état des lieux ne permettait pas à l'acheteur de soupçonner, alors surtout qu'il ne résidait pas dans la région parisienne » — Cass., 1° Sect. civ., 16 oct. 1963, D., 1963. 710.

وهكذا أصبح القضاء الفرنسى يفرق بين حقوق الارتفاق القانونية الظاهرة وغير الظاهرة فيلزم البائع بالإعلان عن هذه الأخيرة . ويقول كاربونييه «l'assimilation des servitudes légales aux servitudes apparentes n'est plus de notre temps. La loi moderne est devenue tellement complexe et arbitraire qu'il est raisonnable de reduire au minimum la présomption que nous la connaissons (à preuve l'habitude législative, qui s'instaure, d'obliger une partie à informer L'autre des conséquences légales de tel ou tel acte qu'elle lui notifie») — Carbonnier, obs. Rev. trim. dr. civ., 1956. 560, sur Cass 1° sect. civ., 21 févr. 1956, precité ; comp. Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, 1964, p. 199 ets.

٨٠٣ — وفى بلجيكا أقر كثير من أحكام المحاكم للغلط الحتمى فى القانون بأثره المانع من المسئولية . وفى قضية تتحصل وقائعها فى أن أشخاصاً اتهموا بتوريد أمتعة وملابس عسكرية إلى الأعداء (الألمان) وثبت أن أحدهم قبل توريدها كان قد استشار بعض المسئولين ومن بينهم رئيس اتحاد صناعات الملابس الذى ذكر له ، بعد أن استفتى بدوره بعض رجال القانون ، أن الأشياء التى يعتزم توريدها لا يشملها الحظر القانونى وأن هذا الحظر مقصور على الأسلحة والذخائر . قضت محكمة أول درجة ببراءة المتهمين لانتفاء قصدهم الجنائى قولا إنهم ارتكبوا فعلهم نتيجة وقوعهم فى غلط فى الواقع كان يمكن أن يقع فيه حتماً كل شخص حريص وجد فى نفس الظروف . ولما طعن فى هذا الحكم أمام محكمة النقض لأسباب أهمها أن الغلط الذى استند إليه الحكم المطعون فيه هو غلط فى تفسير القانون وليس غلطاً فى الواقع ، ومن ثم لا يجوز الاستناد إليه فى نفى المسئولية الجنائية ، رفضت المحكمة الطعن مقررة أنه « إذا كان الغلط فى القانون أو الجهل به لا يجوز اعتباره فى الأصل سبباً لمنع قيام المسئولية إلا أن هذا الحكم يختلف متى كان هذا الجهل أو ذلك الغلط ، بسبب ظروف خاصة بالقضية ، كان من غير الممكن تجنبه ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الغلط الذى وقع فيه المتهمون ، وأدى إلى اعتقادهم بأن الأشياء التى قاموا بتوريدها لا يسرى عليها قانون العقوبات ، كان من النوع الحتمى ، وكان لا أهمية لخطأ الحكم فى اعتباره ذلك الغلط من قبيل الغلط فى الواقع مع أنه فى حقيقته غلط فى القانون ما دامت النتيجة التى خلص إليها الحكم تبررها قانوناً فى الحالتين الصفة الحتمية فى الغلط (١) . . . » .

(١) Cass. Belge 10 juillet 1946 pasicrisie 1946—1—293. V. Legros op. cit. p. 68.

وانظر مقال الدكتور عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ص ٦٤٩ .

٨٠٤ — وفى هولندا أيد الفقيه الهولندى فان هاتوم Van Hattum(١) الاتجاه السابق فى المؤتمر الدولى الرابع للقانون الجنائى عام ١٩٥٤ مستنداً إلى أحكام صدرت من محكمة النقض فى هولندا ، فقد اتهم أحد حراس الدراجات بتهمة مخالفة التسعيرة المقررة قانوناً لحراسة الدراجة وكان قد استفسر من البوليس عن الأجر الواجب تقاضيه عن حراستها فأفاده بأجر ضعف الأجر المحدد قانوناً ، فلما دانته المحكمة على أساس أن الدفع بالغلط فى القانون الجنائى لا يصلح عذراً ينفى القصد الجنائى ، نقضت محكمة النقض هذا الحكم وبرأت المتهم مقررة أن الجهل بالقانون أو الغلط فى تفسيره إذا كان لا يرجع إلى خطأ أو تقصير من المتهم ولم يكن فى مكنته تفاديه فإنه يصلح دفاعاً يتعين تحقيقه ، وإذ كان المتهم قد بذل كل ما فى وسعه فى هذا الشأن حيث استفسر من البوليس فإنه لا يكون مخطئاً فى غلطه(٢) .

نظرية الشك الذهنى

٨٠٥ — حاول فيلوننكو Maximilien Philonenko أن يضع قيداً على افتراض العلم بالقانون فقال بنظرية الشك الذهنى Le doute intellectuel ويعنى كون المتهم أقدم على فعله معتقداً بناء على قضاء مستقر أن فعله مشروع فيكون متعيناً على القاضى الذى يعرض عليه أمره أن يعتد بغلطه ويقرر انتفاء القصد الجنائى لديه ، وقد دعم نظريته تلك بقاعدة « الشك يفسر لمصلحة المتهم » . وهذه النظرية معيبة إذ محل تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم أن يقوم الشك فى ذهن القاضى لا فى ذهن المتهم ، فهذه القاعدة لا سبيل إلى تطبيقها إذا كان القاضى متأكداً من حكم القانون ولم يكن فى ذهنه

(١) Van Hattum : L'erreur en droit pénal. Rev. int. de dr. pén. 1955 pp. 329 et suiv.

وانظر محمد زكى محمود ، المرجع السابق ص ٥٧٩ .

(٢) وثمة تشريعات اعتدت بالجهل أو الغلط فى القانون الجنائى فى نفى القصد إذا ما ثبت أنه من النوع الحتمى . فالمادة ٢٠ من قانون العقوبات السويسرى الصادر عام ١٩٣٧ تنص على أنه « يجوز للقاضى أن يخفف العقوبة طبقاً للمادة ٦٦ بالنسبة لمن يرتكب جناية أو جنحة وهو يعتقد بناء على أسباب كافية أن له الحق فى ارتكابها ، كما يجوز للقاضى أيضاً أن يعفى الجانى من كل عقاب » — انظر فى شرح هذه المادة Logoz : Commentaire du code Pénal Suisse p. 77.

شك وإنما ثار الشك فى ذهن المتهم وحده لأن تحديد حكم القانون فى الفعل هو وظيفة القاضى وحده دون أن يكون لرأى المتهم شأن فى ذلك على الإطلاق(١) . وهذه النظرية لا تستند كذلك إلى أساس من المنطق ، فإذا كان الشك ينفى القصد الجنائى لأنه يجعل إرادة مخالفة القانون غير متوافرة حالة أن هذه الإرادة تتطلب يقيناً بمخالفة الفعل للقانون ، فإن الشك كان يجب أن يكون له نفس الحكم سواء استند إلى قضاء مستقر أو لم يستند إلى شىء من ذلك لأن الشك ينفى اليقين فى كل الحالات . وإذا قلنا إن الشك ينفى القصد الجنائى فإن منطق الأشياء يقتضى أن تقرر انتفاء القصد الجنائى لدى من لم يخطر بذهنه أن فعله مخالف للقانون لأن انتفاء إرادة مخالفة القانون أوضح لديه ممن تردد فى تحديد حكم القانون فى فعله . وأخيراً فإن هذه النظرية تضيق من نطاق افتراض العلم بالقانون على نحو يودى بأهميته .

نقد افتراض العلم بالقانون

٨٠٦ — إن فكرة افتراض العلم بالقانون يعيبها أنها تجعل القصد الجنائى قائماً فى جانب أساسى منه على مجاز قد يكون بعيداً عن الحقيقة بعداً كبيراً ، ذلك أن افتراض العلم بالقانون على الرغم من ثبوت انتفائه فعلا ثم القول بتوافر القصد الجنائى ، يعادل حذف العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائى . والدليل على ذلك اتحاد مصير من يعلم بمخالفة فعله للقانون ومن يجهل ذلك جهلا ثابتاً على نحو لا يقبل شكاً ، وليست الحجج التى يعتمد عليها هذا الافتراض حاسمة ، فالعبرة ليست بوسيلة العلم (نشر القانون فى الجريدة الرسمية) التى قد لا تؤدى إليه ، وإنما العبرة باكتساب العلم ذاته . وإطلاق هذا الافتراض ينطوى على قسوة لا تبررها مصلحة المجتمع ، ولم تخف هذه الحقيقة على القائلين به فأوردوا عليه العديد من الاستثناءات التى أوردنا طرفاً منها . ولكن منطق الافتراض يقتضى أن يكون مطلقاً فلا يرد عليه استثناء أبداً ، حتى ولو توافرت الظروف التى تجعل العلم بالقانون

(١) انظر فى ذلك نقضاً فرنسيا Cass. 24 janvier 1936 D. 36-1-60 وقد ورد فيه أن القاضى يعد مخطئاً فى تطبيق القانون إذا تعلق بالبراءة مقرراً أن الشك يفيد المتهم فى حين أن هذا الشك تعلق بالأمر الذى يجب أن يقرر القاضى له الحل القانونى — وراجع محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق .

مستحيلا أو تجعل الجهل به حتمياً غير مستند إلى خطأ . والحقيقة أن الاستثناءات السابقة لا يمكن تبريرها إلا إذا كيفنا العلم بالقانون بأنه التزام فيكون متصوراً أن نضع له القيود المستمدة من استطاعة العلم وأن نعمل القاعدة التى تقضى بأنه « لا التزام بمستحيل » والقاعدة التى تقرر أنه « لا مسئولية بغير خطأ » . أما إذا لم ننظر إلى العلم بالقانون على أنه التزام ، وإنما نظرنا إليه على أنه افتراض ومجاز فلا يجوز أن نطبق عليه أحكام الالتزام ، بل يجب أن نجعله مقرراً قاعدة لا ترتبط بغير اعتبارات المصلحة التى تتطلبها[١] . ويعيب افتراض العلم بالقانون أخيراً أن التفرقة بين الجهل أو الغلط فى قانون العقوبات والجهل أو الغلط فى القوانين الأخرى محل للنقد ، وهو ما نعرض له حالا بشىء من التفصيل لأهميته .

نقد التفرقة بين الجهل والغلط فى قانون العقوبات وفى القوانين الأخرى

٨٠٧ — النقد الأساسىّ الذى يوجه إلى هذه التفرقة أنها غير ذات سند من القانون : فالاعتبارات التى يقوم عليها افتراض العلم بالقانون تتوافر بالنسبة لقانون العقوبات كما تتوافر بالنسبة للقوانين الأخرى ، ومن الصعب أن نجد سبباً يقصر هذه الاعتبارات ويقصر نطاق الافتراض تبعاً لذلك على العلم بقانون العقوبات ، ذلك أنه إذا قيل إن الافتراض ضرورة لا بد منها كى يمكن إعمال أحكام القانون وتطبيقها فإن هذا القول صحيح بالنسبة لجميع قواعد القانون إذ يحرص الشارع على تطبيق جميع الأحكام التى يتضمنها التشريع الوضعى . ولا يسوغ القول إن قانون العقوبات أسمى مرتبة من القوانين الأخرى لأنه يجرم أخطر أنواع الاعتداء على المجتمع فى حين تنظم القوانين الأخرى أموراً أقل خطورة ، ذلك أن القوانين جميعاً تساهم فى إعطاء المجتمع تنظيماً معيناً ، وقانون العقوبات يعجز دون عون من القوانين الأخرى عن صيانة مصلحة المجتمع على النحو المطلوب . وليست قواعد قانون العقوبات وحدها التى تتعلق بالنظام العام ، بل إن كثيراً من قواعد القانون المدنى أو الإدارى وغيرهما تتعلق بالنظام العام كذلك . وإذا قيل فى تبرير افتراض

(١) انظر فى رفض افتراض العلم بالقانون Radulesco, p. 89. وفكرة الالتزام بالعلم بالقانون قال بها مانسينى — المرجع السابق ج ٢ ص ٢٦ .

العلم بقانون العقوبات إن الشارع يتيح للأفراد سبيل هذا العلم لأنه ينشر القانون فى الجريدة الرسمية فهذا التبرير ذاته يصلح بالنسبة لافتراض العلم بالقوانين الأخرى . وبالإضافة إلى ما تقدم فإن نص الدستور الذى أوجب نشر القوانين وحدد موعد العمل بها واستخلص من حلول هذا الموعد قرينة لا تقبل الدليل العكسى على علم الناس كافة بها (المادة ١٨٨ من الدستور) لم يقتصر حكمه على قانون العقوبات ، وإنما شمل القوانين كافة ، وبذلك يكون قصر افتراض العلم بالقانون على قانون العقوبات إهداراً جزئياً لنص الدستور . وقد رأينا كيف حاولت محكمة النقض تبرير التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى فذكرت أن الجهل بهذه القوانين هو جهل بواقعة حال ، وأنه خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات واستخلصت من ذلك وجوب اعتباره فى جملته جهلا بالواقع وتقرير أثره النافى للقصد الجنائى . وقد أوضحنا أن هذا التبرير يعيبه الغموض ، إذ لم تبين المحكمة كيف يعد الجهل بالقانون جهلا بالواقع فى الوقت نفسه على ما بين النوعين من فارق أساسى[١] .

٨٠٨ — والتفرقة المشار إليها أيضاً صعبة التطبيق ، ذلك أن قانون العقوبات ليس مستقلا تمام الاستقلال عن القوانين الأخرى ، بل إنه فى كثير من نصوصه يتناول حقوقاً تعترف بها القوانين الأخرى كى يشملها بحمايته ويقرر للاعتداء عليها الجزاء الجنائى ، فوراء نصوص قانون العقوبات قواعد تنتهى إلى القوانين الأخرى وتتصل بها أوثق الاتصال وتساهم فى تحديد أحكامها ، ولذلك فإن الفصل بينها عسير ، ثم هو بالإضافة إلى ذلك يجرد

(١) يلاحظ أن الغلط ، فى حكم النقض الصادر بصدد زواج زوجة هى خالة الزوجة الأولى لنفس الزوج ، والذى سبق إيراده فى صدد الجهل والغلط فى غير قانون العقوبات ، لم ينصب على الواقعة ذاتها وإنما انصب على التكييف القانونى لها ، وهذا التكييف هو حكم القانون مخصصا فى حدود هذه الواقعة ، ولا جدال فى أن الغلط إذا تعلق بالتكييف القانونى للواقعة فقد تعلق فى الوقت نفسه بالقاعدة القانونية التى تحكم هذا التكييف كما سبق أن ذكرنا ، بل إنه لا شأن لهذا الغلط بالغلط فى الوقائع ، إذ يفترض الغلط فى الواقعة اعتقاداً غير صحيح تعلق بالواقعة من حيث كيانها المادى كأن يتوهم الشخص وجود واقعة غير موجودة أو يعتقد انتفاء واقعة قد توافرت أو يتصورها قائمة على عناصر مادية مختلفة عما هى قائمة عليه . فكيف يكون الجهل بالقانون أو الغلط فيه جهلا بالواقع فى ذات الوقت ؟

نصوص قانون العقوبات من دلالتها ويزيل الأساس الذى تعتمد عليه .

٨٠٩ — وفى النهاية تؤدى هذه التفرقة إلى نتائج تأباها العدالة لأنها تجعل مصير المتهم متوقفاً على محض المصادفة ، فإن تعلق الغلط بقاعدة وضعها الشارع بين أحكام قانون العقوبات لم يكن للغلط اعتبار ، أما إذا تعلق بقاعدة وضعها الشارع بين أحكام قانون آخر كان للغلط اعتباره . والموضع الذى يختاره الشارع لقاعدة من قواعد القانون ليس دائماً وليد الدقة والإحكام : فمن يسند لغيره أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً وهو يجهل أن القانون يعاقب عليها لا يعتد بغلطه لأنه يتعلق بحكم من أحكام قانون العقوبات فتوقع عليه عقوبة القذف ، ولكن من يستولى على شىء يعتقد أنه مملوك له وهو جاهل قاعدة القانون التى تقرر الملكية لغيره يُعتد بغلطه لأنه تعلق بحكم قانون آخر غير قانون العقوبات فيعد القصد الجنائى لديه منتفياً ولا توقع عليه عقوبة السرقة(١) ، والتفرقة بين الحالتين ليس لها ما يبررها إذ تعلق الغلط فيهما بعنصر من عناصر الجريمة .

المبحث التاسع

الالتزام بالعلم بالقانون

٨١٠ — فكرة الالتزام بالعلم بالقانون قال بها مانسينى على ما أنف بيانه ، ولكنه لم يربط بينها وبين القواعد الأساسية فى القصد الجنائى ولم يوضح كيف يعد الإخلال بهذا الالتزام أساساً للقول باتجاه الإرادة إلى مخالفة القانون .

(١) ومن يعتقد أن له حق الدفاع الشرعى فى حالة غير الحالات التى يقررها الشارع فيها لا يعتد بغلطه لأن قانون العقوبات هو الذى نص على الدفاع الشرعى وحدد أحكامه فالغلط قد تعلق إذن بحكم من أحكام قانون العقوبات ، ولكن من يعتقد أن له حق التأديب قبل شخص لا يعترف له الشارع فى مواجهته بهذا الحق يجب أن يعتد بغلطه لأنه تعلق بحكم قانون غير قانون العقوبات إذ أن تحديد الأشخاص الخاضعين للتأديب وتفصيل الأحكام التى يخضع لها هذا الحق تتكفل بها قواعد قانونية لا تنتمى إلى قانون العقوبات . والانتقادات السابقة كانت تكفى فى نظرنا لكى نرفض التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى ولكى نقرر فسادها من حيث الأساس الذى تعتمد عليه ومن حيث النتائج التى تؤدى إليها إلا أننا أقررنا هذه التفرقة بناء على فكرة أخرى نعتقد أنها تقوم على أساس قانونى صحيح وهو ماسيجىء فى خاتمة دراستنا .

وقد حاول الدكتور محمود نجيب حسنى أن يقيم على أساس من هذه الفكرة نظرية واضحة متكاملة العناصر تحسم مشكلة العلم بالقانون على نحو يتفق ومنطق القواعد الأساسية فى القصد الجنائى ويؤدى إلى نتائج سليمة لا تجافى العدالة .

وتتحصل الفكرة والنظرية كلتاهما فى أن الشارع حين يضع قواعد القانون فإنه يستهدف إلزام الأفراد بها لأنه يرى فى خضوعهم لأحكامها السبيل لتنظيم المجتمع على نحو سليم ، واهتمام الشارع بتوقيع الجزاء على من يخرج على قواعد القانون يأتى فى المرتبة الثانية بالنسبة لاهتمامه بأن يلتزم الأفراد هذه القواعد ولا يخلون بأحكامها ، ومن ثمة كانت القاعدة القانونية إلزامية بطبيعتها بمعنى أنها تستند إلى التزام باحترام أحكامها يفرضه الشارع على الناس وبغير هذا الالتزام تغدو القاعدة القانونية مجردة من القيمة عاجزة عن تحقيق مراد الشارع منها ، وتبعاً فإن مصدر هذا الالتزام هو فكرة القانون نفسه ؛ وموضع هذا الالتزام بالنسبة للقاعدة القانونية هو موضع الأساس الذى لا غنى عنه ، ولا يتصور هــذا الالتزام إلا إذا كان إلى جانبه التزام آخر هو الالتزام بالعلم بالقانون ، فلا يتصور أن يكلَّف بالخضوع للقاعدة القانونية من يجهل أحكامها ، ومن أجل هذا كان الالتزام بالخضوع للقانون مفترضاً الالتزام بالعلم بالقانون . وبعبارة أخرى فإن تكليف الشارع الأفراد أن يلتزموا أحكام القانون يجب أن يسبقه التكليف بأن يعلموا هذه الأحكام . وموضوع الالتزام بالعلم بالقانون هو أن يبذل من يخضع له كل ما فى استطاعته حتى يتحقق له الإلمام بالقانون . ونحن لا نقف عند حد النظر إلى هذا الالتزام نظرة عامة مجردة فنراه متعلقاً بالقانون فى مجموعه ، وإنما نطبقه بالنسبة لكل قاعدة قانونية على حدة ونستخلص من الالتزام العام التزامات متعددة بتعدد القواعد القانونية بحيث نستطيع القول إن كل قاعدة قانونية تستند إلى التزام بالعلم بها ثم بالخضوع لما تقضى به أحكامها (١) . ولا يعد السلوك مطابقاً للقانون إلا إذا خضع صاحبه للالتزامين معاً فعلم بالقاعدة

(١) بمعنى أن القاعدة القانونية تنشىء التزامين : التزاماً بالعلم بها والتزاماً بعدم المساس بالحق الذى تحميه أى بالامتثال لما تتضمنه من نهى أو أمر . والالتزام الأول موضوعه القيام بكل عمل يسع الخاضع للقاعدة أن يقوم به حتى يكتسب العلم بها ، والالتزام الثانى موضوعه القيام بالعمل الذى تأمر به أو الامتناع عن العمل الذى تنهى عنه .

القانونية ثم امتثل لما تقضى به ، أما إذا أخل بأحد هذين الالتزامين فهو خارج على أحكام القاعدة القانونية وجدير بالجزاء الذى تقرره ، وبذلك يضع القانون على قدم المساواة كلا الالتزامين المتولدين من القاعدة القانونية .

٨١١ – فإذا حددنا بعد ذلك فكرة القصد الجنائى قلنا إنه إرادة مخالفة القانون ، أى إرادة مخالفة أحد الالتزامين الناشئين عن القاعدة القانونية(١) .

(١) القصد الجنائى – وفقاً لتعريف التقليدى – هو توجيه إرادة الجانى إلى ارتكاب الجريمة بعناصرها وأركانها المبينة فى القانون مع افتراض علمه بها ، أو هو إرادة ارتكاب فعل أو ترك معاقب عليه مع العلم بمعناه وحقيقته ومع استحالة التمسك بالجهل بالقانون – انظر جارسون على المادة ١ بند ٧٧ – فيدال ومانيول ١٩٤٧ بند ١٢٥ – دى فابر ، شرح القانون الجنائى ط ٣ بند ١٢٦ – بول لوجوس – شرح القانون السويسرى ص ٦٣ – على بدوى ، المرجع السابق ص ٣٥٤ – القللى ، المرجع السابق ص ٨٠ – على راشد ، المرجع السابق بند ٦٩٧ . وقد نصت المادة ٤٣ من قانون العقوبات الإيطالى على أن الجريمة تعتبر عمدية إذا كان الحدث الضار أو الخطر **evento dannoso pericoloso** المترتب على الفعل أو الترك المعاقب عليه مقصوداً وملحوظاً كنتيجة مقصودة وملحوظة لفعله أو تركه . وقال الوزير روكو واضع مشروع هذا القانون أمام اللجنة البرلمانية أثناء نظره ، أما عبارة القصد الجنائى **intenzione** فلم تؤخذ عن الفرنسيين وإنما هى كلمة إيطالية تعبر عن فكرة إيطالية فالقصد هو الإرادة حين تتجه إلى غرض إذ يستحيل تصور إرادة بغير غرض . فالإرادة التى تتجه إلى غرض تسمى قصداً وفى تعيين معنى العمد **dolo** والخطأ **culpa** وما وراء العمد **preterintenzione** ينظر إلى الصلة بين الغرض والنتيجة أو بين الحدث وبين القصد فإن كان الحدث مطابقاً للقصد توفر العمد وإذا كان قد تجاوز القصد توفر ما وراء العمد وإذا جاء الحدث على خلاف القصد توفر الخطأ » – مانسينى ج ١ ص ٦٠٨ هامش ١ . ولما كانت الجرائم العمدية إما جرائم ضرر أو جرائم خطر أى إما جرائم يعاقب فيها الشارع على الضرر الذى يترتب عليها وإما جرائم يعاقب الشارع على الخطر الذى يصاحب وقوعها والذى يخشى الشارع مغبته ، فإن الفارق بين تعريف القانون الإيطالى للقصد الجنائى أو العمد والتعريف التقليدى فارق علمى أكثر من عملى . وتعريف القصد الجنائى على هذا النحو التقليدى يستوجب أن تنصب إرادة الجانى وعزمه على كل عناصر الجريمة ، فإن كان القانون يشترط لوجود الجريمة باعثاً معيناً أو غاية أو نتيجة معينة مقصودة وجب أن تحتضن إرادة الجانى هذا الباعث أو هذه النتيجة أو هذه الغاية . وعلى هذا الوضع يكون معنى القصد الجنائى دائماً واحداً فى كل الجرائم العمدية ويكون الفارق بين القصد العام والقصد الخاص أو الأخص الذى كثيراً ما ينبه إليه المؤلفون فارقاً لا يرجع إلى اختلاف فى حقيقة القصد الجنائى ومعناه وإنما يرجع إلى الاختلاف فى العناصر اللازمة لتوافر كل جريمة بحسب طبيعتها أو نص القانون ، تلك العناصر التى يجب أن تدخل كلها فى قصد الجانى والتى إذا أفلت أحدها من قبضة هذا التصميم وجبت البراءة لقيام حسن النية نتيجة انعدام القصد . وعلى هذا الأساس لا يدخل الباعث أو الغرض فى تعريف القصد الجنائى العام لكنه قد يدخل فى تعريف جريمة معينة فيكون عنصراً معنوياً من =

هذه الإرادة لا تتصور بطبيعة الحال إلا إذا ثبت علم المتهم بالالتزام الذى يفرضه القانون عليه . ولا تثور صعوبة إذا ما أوفى المتهم بالالتزام بالعلم

= عناصرها إذا قضت بذلك طبيعة الجريمة أو نص القانون الذى جرمها ، فإذا لم يكن الباعث أو الغرض عنصراً من عناصر الجريمة على هذا النحو فلا يلتفت إليه فى الإدانة والبرئة وإن كان يجوز أن يعتبر فى تقدير العقوبة .

بيد أن التعريف التقليدى للقصد الجنائى إذ لا يعتد بالباعث أو الغاية أو النتيجة فى تحديد معنى القصد العام ، يتعرض لانتقاد المدرسة الوضعية التى تنعى عليه قصوره . ويرى زعيمها فرى **Ferri** أنه لكى تتحقق المسئولية الجنائية لا يكفى أن تكون إرادة الجانى قد اتجهت إلى ارتكاب الفعل المعاقب عليه بل يجب أن تكون قد قصدت الإخلال بحق من أجل غاية غير مشروعة **antijuridique** أو منافية لمصلحة المجتمع **antisocial** . وقد طبق فرى وأتباعه هذا النظر على عدة جرائم ذكرها فيدال ومانيول اللذان وصفا هذه النظرة بأنها سديدة فى أساسها العقلى وقالا إنها لقيت ترحيباً من الجنائيين فى العصر الحديث وإن التشريعات الحديثة تتجه إليها ، وإنها فضلا عن ذلك توافق معنى القصد الجنائى كما يفهمه الشعب وعلى الأخص كما يفهمه المحلفون . لكن هذين الفقيهين قد أخذا عليها المغالاة فى جعل حسن البواعث والغايات سبباً عاماً للبرئة لما فى ذلك من إبطال جزئى لوظيفة العقوبة فضلا عن إشاعة الاضطرابات فى نظام المسئولية الجنائية بالخلط بين ما هو موضع العذر وبين ما هو مباح – راجع فى تفصيل ذلك فيدال ومانيول ، المرجع السابق ص ١٨٢ – ١٨٤ وحواشيها – القللى ، المرجع السابق ص ٨٥ – ٨٩ . ومن المعترضين على الاحتكام إلى البواعث والغايات مانسينى وذلك لعدم انضباطها وقصور دلالتها ولأنها لا تخفى أن صاحبها متمرد على الضوابط الاجتماعية لا يفيد فى منع مثله نصوص القانون الجنائى فضلا عن أن جهنم مليئة بحسنى النية – منسينى ج ١ ص ٦١١ والمراجع المشار إليها فى حاشية ١ و ٢ . والواقع أن الغاية المشروعة لا يمكن أن تبررها وحدها الوسيلة الممنوعة بإطلاق وكقاعدة عامة ، والقول بغير ذلك معناه إحلال تقدير الأفراد محل تقدير المشرع فى تعيين ما هو مباح وما هو معاقب عليه وإفساد سياسة المشرع كلها من أجل بواعث الأفراد الشريفة ونواياهم الطيبة . ولكن شتان بين هذا الزعم وبين قولنا إن الوسيلة غير المشروعة فى عمومها تصبح مشروعة فى ظروف تستدعى الالتجاء إليها إذا استعملت باحتياط كامل وبقدر ما يلزم الظروف والغرض المحمود المشروع الذى دعا لاستعمالها . هنا لا يلغى الباعث أو الغاية عمومية القاعدة القانونية وإنما يخدمها إذ يكسبها مرونة تمكن القاضى الجنائى من معالجة بعض مواقف كان يصعب على واضع القانون عند وضعه أن يتصورها أو أن يوفق إلى صياغة حكم يواجهها ، كما تمكن القاضى من أن يحافظ على بقاء التوافق اللازم بين أحكام قانون العقوبات وبين فطنة الرجل العادى وإدراكه للصواب والخطأ وشعوره بالعدل وفهمه لمعنى الجريمة .

هذا ويتحقق الهيكل القانونى للجريمة بحسب الأصل بمجرد توافر ركنيها المادى والمعنوى ، ذلك أننا لا نعتنق النظر الذى ذهب إليه البعض من اعتبار عدم المشروعية ركناً فى الجريمة يتمثل جوهره فى الاعتداء على المصلحة التى يحميها القانون – راجع مأمون سلامة ، قانون العقوبات العسكرى ١٩٦٨ ص١٣٦ هامش ١ . ذلك أن جوهر الجريمة ذاتها هو الاعتداء على هذه المصلحة =

بالقانون ولكن أخل بالالتزام بالخضوع لما تقضى به أحكام القانون ، إذ يعد القصد الجنائى متوافراً لديه لأنه وقت أن قارف فعله المخالف للقانون كان يعلم بالالتزام الذى يفرض عليه اجتناب هذا الفعل ، فإرادته حين اتجهت إلى مقارفة الفعل اتجهت إلى مخالفة القانون . ويتحقق هذا الوضع فى حالتين : إذا كانت مخالفة الفعل للقانون واضحة بحيث لا يتطلب اكتساب العلم بها جهداً ويكون ذلك إذا ناقض الفعل تعاليم الأخلاق التى يدركها كل ذى أهلية فى نظر القانون ، وإذا لم تكن مخالفة الفعل للقانون واضحة لأنه لا يناقض تعاليم الأخلاق ولكن بذل المتهم جهده حتى علم — قبل أن يقدم على فعله —

= ولا قيام للركنين المادى والمعنوى بدون التأكد من هذا الاعتداء . فعدم الشرعية هى الفكرة المعنوية ذاتها فكيف يمكن الوصف أن يكون ركنا فى الموصوف (انظر عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ص ٤٢٩) وكيف يمكن الفكرة المعنوية أن تكون ركنا فى المحل الذى ترد عليه هذه الفكرة . ومع ذلك فقد يتطلب القانون توافر ظروف معينة حتى تندرج الجريمة تحت نص قانونى معين ، هذه الظروف إما أن تؤثر فى وصف الجريمة فتعتبر من أركانها وإما أن تقتصر على التغيير فى العقوبة المقررة لها فلا تعتبر من أركانها . وقد احتدم الجدل الفقهى فى تحديد مكانة الظرف من أركان الجريمة ، فذهب رأى إلى أن وصف الجريمة يحدد على ضوء أنواع الجرائم كما حددها القانون وهى الجنايات والجنح والمخالفات فإذا أثر الظرف فى تغيير نوع الجريمة اعتبر من الأركان — محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٣٩ هامش ١ ، عادل عازر ، النظرية العامة فى ظروف الجريمة ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ ص ٥٢ . ونحن نتفق مع هذا الرأى فى أن الظرف الذى يؤثر فى نوع الجريمة يعتبر من الأركان لأنه يؤدى إلى تغيير وصف الجريمة ، ولكن يلاحظ أن هذا التغير قد يتحقق بدون التأثير فى نوع الجريمة لأن الظروف بحسب طبيعتها تؤثر فى الجزاء الجنائى تشديداً أو تخفيفاً فلا يعرف ما إذا كان هذا التأثير ينطوى على تغيير وصف الجريمة أو يقتصر على مجرد التغيير فى الجزاء دون المساس بهذا الوصف . وذهب آخرون إلى التمييز بين الركن والظرف على أساس المصلحة المحمية على تقدير أنها معيار أنموذج الجريمة فى رأيهم ، فإذا لم يؤثر الظرف فى أساس المصلحة المحمية واقتصر مثلا على جسامة الاعتداء عليها فإنه لا يعتبر ركناً — حسنين عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، رسالة دكتوراه ١٩٧٠ ص ١١١ . ويعيب هذا الرأى الاقتصار عند التمييز بين الجرائم على مجرد عنصر واحد من عناصر الركن المادى للجريمة هو النتيجة بمعناها القانونى حالة أن جميع عناصر الجريمة سواء فى ركنها المادى أو المعنوى تصلح هى الأخرى أساسا لهذا التمييز . ونحن نرى أن الظروف تعتبر جزءاً فى تكوين الجريمة إذا أدت إلى تغيير فى أنموذجها القانونى كما حدده القانون فى صورتها البسيطة أو إلى تغيير فى نوع الجريمة ، وتعتبر مجرد ظروف بحتة إذا لم تؤثر إلا فى العقاب المقرر للجريمة دون مساس بأنموذجها القانونى أو بنوعها — انظر فتحى سرور — المرجع السابق ص ١٦٤ .

بقواعد القانون التى تحرم عليه هذا الفعل ثم اتجهت إرادته على الرغم من ذلك إلى الخروج على ما تقضى به أحكامها .

٨١٢ — وإلى جانب الوضع المتقدم نجد وضعاً آخر لم يتح فيه للمتهم أن يعلم بالقاعدة القانونية ولم يتح له تبعاً لذلك أن يخضع لما تقضى به أحكامها ، فهل يمكن القول على الرغم من ذلك إن الإرادة قد اتجهت إلى مخالفة القانون ؟ إن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يدركه كل ذى أهلية يخضع لسلطانها ، ويفرض هذا الالتزام القيام بعمل هو بذل كل الجهود الممكنة وسلوك كل ما يستطاع من السبل كى يحيط الخاضع للقاعدة علماً بما تقضى به أحكامها ، فإذا اتجهت الإرادة إلى عدم بذل هذه الجهود أى إلى عدم القيام بالأعمال التى يفرضها الالتزام فقد اتجهت إلى مخالفة القانون ، وبذلك يكون السلوك الذى ينسب إلى الخاضع للالتزام هو الامتناع العمدى . وبديهى أننا لا نتساءل فى هذه الحالة عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى الإخلال بالالتزام بالخضوع لما تقضى به أحكام القاعدة القانونية لأن هذا الالتزام لا محل له إلا إذا أوفى المتهم بالالتزام بالعلم بالقاعدة ، أما إذا لم يف به فلا محل للبحث فى التزام لا ينشأ إلا عند الوفاء بالالتزام الأول . وقد تقدم أن الإخلال بأحد الالتزامين كاف لكى تعد الإرادة متجهة إلى مخالفة القانون .

٨١٣ — ولكن قد يثور التساؤل الآتى : هل نستطيع القطع بأن المتهم — وقت أن قارف فعله — كان يعلم بالالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية ؟ إن القول بعلمه ضرورى لكى نقول إن إرادته قد اتجهت إلى الإخلال بهذا الالتزام عن طريق عدم القيام بما فى وسعه للإحاطة بالقاعدة القانونية . لا شك أن كل من يأتى نشاطاً عليه واجب العلم بحكم القانون فيه قبل أن يقدم عليه ، وهو يعلم بهذا الواجب لأنه يعلم أنه فرد فى مجتمع يخضع للقانون وأنه لا يتمتع بحرية مطلقة فى أن يأتى ما يشاء من الأفعال ، وهو يعلم أنه يجب عليه أن يميز بين المباح والمحظور ، وهذا التمييز تحكمه قواعد القانون وهو ما يعنى أن المتهم يعلم بالواجب الذى يحتم عليه العلم بالقانون ، ويتوافر هذا العلم لدى كل ذى أهلية فى نظر القانون فإذا لم يقم بما يفرضه عليه هذا الواجب فقد اتجهت إرادته إلى الإخلال بهذا الالتزام .

٨١٤ – وموضوع الالتزام بالعلم بالقانون هو الأفعال التى يستطيع المتهم أن يقوم بها لاكتساب العلم بالقانون ، فهذا الالتزام يفرض أعمالا إيجابية من قبيل الاستفسار عن حكم القانون فى فعله ، والحدود التى ترسم نطاق هذه الأعمال تستمد من مقدرة المتهم وإمكانياته ، فكل ما تسمح له به إمكانياته يتعين عليه أن يبذله ، وكل ما يجاوز قدرته وإمكانياته لا يكلف ببذله : فيعد المتهم مخلا بالتزامه إذا لم يقم فى سبيل العلم بالقانون بعمل كان فى وسعه أن يقوم به ، ولا يعد مخلا بالتزامه إذا لم يقم فى سبيل العلم بالقانون بعمل لم يكن فى وسعه أن يقوم به . وغنى عن البيان أن تحديد إمكانيات الجانى وحصر الأعمال التى يجب عليه القيام بها توصلا إلى العلم بالقانون أمر يتوقف على ظروف كل حالة على حدة ، ومن ثم يكون متعينا على القاضى – فى سبيل تحديد نطاق الالتزام المفروض على المتهم – أن يدرس كل الظروف التى أحاطت باقتراف الفعل ويجعلها المناط فى بيان حدود الالتزام .

٨١٥ – فإذا تحقق اتجاه الإرادة إلى الإخلال بأحد الالتزامين المتولدين عن القاعدة القانونية فإنه يلزم لتوافر القصد الجنائى أن تتجه الإرادة إلى تحقيق عناصر الجريمة ، وكما تتطلب فكرة القصد الجنائى العلم بالالتزام الذى تتجه الإرادة إلى الإخلال به فكذلك تتطلب العلم بعناصر الجريمة التى تتجه الإرادة إلى تحقيقها . وكما تطلبنا العلم الفعلى بالالتزام الناشئ عن القاعدة القانونية فكذلك نتطلب العلم الفعلى بعناصر الجريمة وهى – على ما سبق أن أوضحنا – نوعان : عناصر تقوم على وقائع وعناصر تقوم على تكييف تتصف به الوقائع[1] ، ولا فرق بين النوعين من حيث وجوب انصراف العلم إليهما .

فالقصد الجنائى لا يتوافر إلا إذا علم الجانى بتحقيق كل العناصر التى تتطلبها الجريمة ، فإذا كنا بصدد العناصر التى تقوم على وقائع فإن وجوب إحاطة علم الجانى بها لا يثير شكاً على الإطلاق ، أما إذا كنا بصدد العناصر التى تقوم على تكييف معين فلا فرق بين أن يكون التكييف قانونياً أو أن يكون غير قانونى ، وإذا كان قانونياً فلا فرق بين أن يكون ثمرة تطبيق قواعد قانون

(١) ومثال العناصر التى تقوم على وقائع : الفعل والنتيجة وعلاقة السببية ، ومثال النوع الثانى : صفة الإخلال بالحياء التى تتوافر للفعل وكون الشىء مملوكاً للغير .

العقوبات أو قواعد القوانين الأخرى ، ذلك أن عناصر الجريمة تتساوى جميعاً من حيث أهميتها بالنسبة لفكرة القصد الجنائى[1] ، ومن ثم فإن كل تفرقة بين عناصر الجريمة التى يعتبرها القانون جميعاً متساوية من حيث لزومها لتكوين الجريمة هى تحكم محض .

٨١٦ – ولا تثور صعوبة إذا اعتقد الجانى أن القانون ينص على سبب إباحة يخضع له فعله حالة أن القانون لا يعرف هذا السبب للإباحة ، ففى هذه الحالة إذا تبين أن الجانى قد أخل بالتزامه بالعلم بالقانون لأنه لم يقم بما كان فى وسعه أن يقوم به لكى يدرك حكم القانون فى فعله ، فإن إرادته تعد متجهة إلى الإخلال بالالتزام الذى تفرضه عليه القاعدة القانونية وتعد بذلك متجهة إلى مخالفة القانون ، أما إذا بذل جهده لكى يعلم حكم القانون فلم يكن ذلك كافياً لكى يزول غلطه ويدرك الصفة غير المشروعة لفعله ، فإن إرادة مخالفة القانون لا تنسب إليه . ولا يختلف الأمر باختلاف الموضع الذى اختاره الشارع للنص على الإباحة، فسيان أن يتضمنها نص فى قانون العقوبات أو أن يقررها نص فى قانون آخر[2] .

هذا ونشير بهذه المناسبة إلى أن نصوص التشريع الجنائى المصرى وإن خلت من نص يتضمن قاعدة تحكم أثر غلط الجانى فى سبب الإباحة على مسئوليته الجنائية ، إلا أنها تضمنت أحكاماً محددة لصورتين أسفر فيهما المشرع عن اعتداده بغلط الجانى فى سبب الإباحة هما صورة الدفاع الشرعى الواردة بالمادتين ٢٤٩ و ٢٥٠ وصورة أداء الواجب الواردة بالمادة ٦٣ عقوبات مصرى ، إذ رتب على الغلط فى كلتا الحالتين أثراً نافياً للمسئولية

(١) وبالتعويل على ذلك لا يعد القصد الجنائى متوافراً لدى السارق إلا إذا علم أن الشىء مملوك لغيره ، كما لا يعد القصد الجنائى متوافراً لدى القاذف إلا إذا علم أن الواقعة التى يسندها المجنى عليه توجب عقاب من أسندت إليه أو توجب احتقاره عند أهل وطنه .

(٢) فمن يعتقد أن له حق الدفاع الشرعى فى حالة غير الحالات التى يقرره الشارع فيها أو أن له حق التأديب قبل شخص لا يعترف له الشارع فى مواجهته بهذا الحق أو أن رضاء المجنى عليه سبب يبيح له فعله لا يعتد بغلطه إذا كان لم يقم بما فى وسعه لكى يحيط بحكم القانون فى فعله ، أى إذا ثبت أنه كان فى استطاعته أن يعلم بتكييف فعله فى نظر القانون . وغنى عن البيان أنه لو قام بكل ما يسعه القيام به ليحيط بحكم القانون فانتهى إلى أنه يبيح له فعله فإن القصد الجنائى يعد منتفياً لديه .

الجنائية عن الجريمة التى ارتكبها الجانى واستبعد ، تبعاً ، عقابه عنها[1] .

ويحتاج شرح هاتين الصورتين إلى استفاضة يضيق عنها نطاق هـذا

(١) بعض قوانين الدول العربية لم تنص على صورة الغلط فى الإباحة ، وهى قوانين تونس والجزائر والمغرب والأردن . وينفرد القانون السودانى بين قوانين الدول العربية بنص عام يعفى من المسئولية عند الغلط فى الإباحة ، وهو نص المادة ٤٤ التى استبعد صفة الجريمة إذا اعتقد الفاعل بحسن نية أنه يمارس حقاً أو يؤدى واجباً ، وهو يسرى على الغلط فى الدفاع الشرعى فقد اعتبره القانون السودانى حقاً . أما قوانين مصر والعراق وليبيا والكويت فقد نصت على الغلط فى الإباحة بصدد العمل غير المشروع الذى يقوم به الموظف ، فنصت المادة ٣٨ من القانون الكويتى على ما يأتى : « لا يسأل الموظف إذا ارتكب فعلا استعمالا لسلطة يعتقد أن القانون يقرها له أو تنفيذاً لأمر يعتقد أن القانون يوجب عليه طاعته . ويجب على الموظف أن يثبت أن اعتقاده بنى على أسباب معقولة ، وأنه قام بالتثبت والتحرى اللازمين للتحقق من مشروعية فعله » . ولم ترد الفقرة الثانية من هذه المادة فى المادة ٦٩ من القانون الليبى ، مما مقتضاه الرجوع فى إثبات الغلط فى الواقع إلى القواعد العامة . وكانت المادة ٤٦ من القانون العراقى السابق تلقى عبء الإثبات على الموظف المتهم ، أما المادة ٤٠ الجديدة فقد صيغت على وجه يجعل المرجع فى الإثبات هو القواعد العامة . ولكن الأفضل هو نص القانونين المصرى والكويتى الذى ألقى على عاتق المتهم عبء إثبات حسن النية والتثبت والتحرى ، فإذا كان القانون يسوى بين العمل القانونى والعمل غير القانونى ، حتى لا يدفع تهديد الموظف بمسئولية مطلقة إلى تردده فيما هو من وظيفته مما يلحق ضرراً بالمصلحة العامة ، فمن الواجب أيضاً ألا يغفل جانب الأفراد الذين يعتدى على حقوقهم ، مما مقتضاه التنبيه إلى عدم الإقدام على العمل ما لم يكن بيد الفاعل الدليل على قيام أسباب معقولة تبرر اعتقاده بمشروعية العمل . ولم يرد فى القانونين اللبنانى والسورى ذكر الغلط فى الإباحة فى معرض الكلام على أسباب التبرير ، ولكن بمناسبة الكلام على الغلط المادى فقد نصت المادة ٢٢٦ من القانون اللبنانى ، وكذلك المادة ٢٢٥ من القانون السورى ، على ما يأتى : « لا يعاقب الموظف العام ، أو المستخدم فى الحكومة ، الذى أمر بإجراء فعل أو أقدم على فعل يعاقب عليه القانون إذا اعتقد لسبب غلط مادى أنه يطيع أمر رؤسائه المشروع فى أمور داخلة فى اختصاصهم وجبت عليه طاعتهم فيها » .

وعلى كل حال فإننا نؤيد قضاء محكمة النقض فى مصر فى أن الشرع قد أورد فى المادة ٦٣ مبدأ عاماً ، إذ يكفى لذلك أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره فى نص معين أو فى مناسبة معينة ، فيتبع فى أسباب الإباحة الأخرى . ولو أننا نفضل إيراد نص عام للغلط فى الإباحة ، على غرار المادة ٢٨ من مشروع قانون العقوبات فى الجمهورية العربية المتحدة عام ١٩٦٦ الذى ينص على أن « ينتفى العمد إذا وقع الفعل المكون للجريمة بناء على غلط فى ظرف لو تحقق لكان الفعل مباحاً ، على أن ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما قد يتخلف من فعله من جريمة غير عمدية أو أية جريمة أخرى » انظر محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ، المرجع السابق بند ٤٧ .

المؤقّف ولذلك نجتزئ بالكلام على الصورة الثانية بحسبانها تشكل استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بقانون العقوبات ، ذلك أن إباحة المشرع أفعال الموظف العام ليست مقصورة على الأفعال المشروعة فحسب ، بل تشمل الأفعال « غير المشروعة » إذا كان الموظف يعتقد على خلاف الواقع مشروعيتها وهو ما يقتضينا أن نعرض ــ استيفاء للبحث ــ إلى تبيان مدى حق الفرد فى مقاومة الموظف العام فى هذه الحالة .

المبحث العاشر

أداء الواجب

٨١٧ ــ مفاد نص المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصرى أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه[1] ، وإذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه متى أثبت الموظف أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة . وتطبيقاً لهذا النص قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان المتهم يعمل فى ظروف تجعله يعتقد أنه وهو يقوم بخدمة الملك السابق فى الوظيفة المخصصة له إنما كان يباشر عملا له صبغته الرسمية وارتكب فعلا ينهى عنه القانون تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه الذى تجب عليه طاعته : فإنه لا يكون مسئولا على أى الأحوال[2] .

(١) انظر المادة ٥٥/٢ من نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ والمادة ٤٦ من القرار بقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام اللذين نصتا على أن تكون المسئولية فى هذه الحالة على مصدر الأمر .

(٢) نقض جنائى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفنى س ٧ ص ١٣٣١ .

وفى إحدى القضايا ، أطلق خفير نظامى عياراً نارياً على أخوين كانا متوجهين لغيطهما فى الثانية صباحا لما قام فى نفسه من أنهما لصان لأنه لم يسمع منهما رداً على ندائه عليهما ، فأصاب العيار أحدهما وقضت محكمة النقض فى الطعن المرفوع من الخفير فى قرار قاضى الإحالة بما يأتى : « ومن حيث إن مظهر التثبت والتحرى اللذين يتطلبهما القانون فى مثل هذه الحالة ألا يلجأ الخفير إلى استخدام سلاحه ضد من يشتبه فى أمرهم إلا بعد التيقن من أن لشبهته علاـ

كما قضت محكمة النقض[1] بأن المادة ٦٣ من قانون العقوبات فى فقرتها الأولى لا تنطبق إلا إذا ثبت صدور أمر من رئيس وجبت طاعته ، ولا يغنى اعتقاد الموظف بصدور الأمر عن حقيقة صدوره فعلا ، والتثبت من صدور الأمر لا غنى عنه لتوافر حسن النية .

حسن النية[2]

٨١٨ — حسن النية يرادف أحياناً حسن الباعث أو حسن الغرض أو

— واستنفاذ وسائل الإرهاب والتهديد التى قد تعينه على القبض على المشتبه فيهم بغير حاجة إلى استعمال سلاحه ، ولهذا قضت التعليمات المرعية بأنه إذا ما اشتبه خفير فى شخص نادى عليه ثلاث مرات فإذا لم يجبه وأمعن فى سيره أطلق الخفير فى الفضاء عياراً نارياً للإرهاب ، فإذا حاول المشتبه فيه الهرب أطلق الخفير صوب ساقيه عياراً نارياً آخر ليعجزه عن الفرار . وظاهر من الوقائع التى أثبتها القرار المطعون فيه أن المتهم لم يعمل بهذه التعليمات المستمدة من روح القانون بل إنه بمجرد عدم الرد على ندائه اكتفى بإطلاق عيار واحد صوبه على المجنى عليه مباشرة فأصابه فى مقتل من مقاتله مع أن المجنى عليه — وزميله من جهة أخرى — لم يحاول الهرب . ومن حيث إن ما أتاه المتهم ينم عن استهانة بالتعليمات المفروض عليه رعايتها واستخفاف بالأرواح لا يجيزه القانون فالشبهة قائمة على وجود الجناية عالية عن العذر المعفى من العقاب لعدم توافر شروط ذلك الإعفاء » — نقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٢ المحاماة س ١٣ ص ٣٨٣ .

(١) نقض جنائى ٢٨ يناير ١٩٥٧ س ٨ ص ٧٦ .

(٢) تقدم نص المادة ٦٠ من القانون المصرى على أنه « لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة » ، وجاءت المادة ١/٤١ من القانون العراقى مطابقة تقريباً لمثيلتها فى القانون المصرى ونصت المادة ٢٨ من القانون الكويتى على أنه « لا جريمة إذا ارتكب الفعل بنية حسنة استعمالا لحق يقرره القانون بشرط أن يكون مرتكبه قد التزم حدود هذا الحق » ونصت المادة ١٨٣ من القانون اللبنانى على أنه « لا يكون جريمة الفعل المرتكب فى ممارسة حق بغير تجاوز » أما المادة ١٨٢ من القانون السورى فنصت على أن « الفعل المرتكب فى ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة » وتطابقها تماماً المادة ٥٩ من القانون الأردنى . ويلاحظ على هذه النصوص أنها أوردت بعض شروط استعمال الحق دون البعض الآخر مما قد يوحى بأن ما ورد فى النص هو كل الشروط المطلوبة ، فالشخص لا يستعمل الحق إلا إذا استهدف الغرض الذى من أجله تقرر الحق ، وإذا تجاوز حقه أو أساء استعماله يخرج عن دائرة الحق ويدخل فى باب الجريمة مقصودة أو غير مقصودة — انظر التعليقات على المادة ٣٠ من مشروع قانون العقوبات الموحد بين مصر وسوريا . ومن ثم يكفى أن يقال « لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق » . وبهذا النظر أخذ بعض قوانين الدول العربية كالمغربى والتونسى والسودانى والليبى والجزائرى . وقد بدأ المشرع اللبنانى بأن ذكر فى المادة ١٨٦ تطبيقات لممارسة الحق مما يرد عادة فى —

الغاية[1] ، ويرادف كذلك عدم توافر القصد الجنائى العام ، ويفيد أحياناً[2] انتفاء القصد الخاص أى نية الغش أو الإضرار أو إحداث النتيجة الخاصة التى علق عليها القانون والعقاب[3] ; ولكنه يطلق بصفة عامة على اعتقاد مشروعية الفعل ولو كان فى ذاته مخالفاً للقانون ، وفى ذلك تقول محكمة النقض « إن حسن النية المؤثر فى المسئولية عن الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض وهو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ويكفى أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره فى نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضى من ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع . وحسن النية ليس معنى باطنيا بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده فى تصرفه على أسباب معقولة[4] » . وهذا الحكم قد سلم بوجود نظرية عامة لحسن النية تنتظم الجرائم كلها ، كما أنه فيما يبدو نهاية خطوات

— الشروع : ضروب التأديب ، العمليات الجراحية والعلاجات الطبية ، أعمال العنف التى تقع فى أثناء الألعاب الرياضية . ونقل هذه التطبيقات كل من المشرع السورى (المادة ٢/١٨٥) والمشرع الأردنى (المادة ٢/٩٢) ، والمشرع الكويتى (المواد ٢٩ — ٣١) ، وأخيراً المشرع العراقى (المادة ٢/٤١) . ويلاحظ أن ما ورد فى هذه المواد قليل من تطبيقات استعمال الحق ، فضلا عن أن إيراد الأمثلة لا يتفق وفن التشريع .

(١) وضده سوء النية mauvaise foi وضده فى الاصطلاح الإنجليزى ما يسمونه malice in fact, express malice — هاريس ، المرجع السابق ص ١٧٣ و ١٧٤ — وراجع محمد عبد الله ، المرجع السابق ص ٢٥٧ .

(٢) مانسينى ج ١ ص ٦٢٩ وعنده أن المصدر الدائم لحسن النية هو الغلط سواء فى الواقع أو فى حكم القانون ما لم يكن هذا الحكم من أحكام قانون العقوبات .

(٣) على راشد ، المرجع السابق ص ٦٣٣ وقد نبه إلى أن حسن النية المترتب على انتفاء القصد الخاص قد لا يؤدى إلى البراءة إذا كان الفعل يبقى فى نظر القانون معاقباً عليه كجريمة عمدية أخرى أو كجريمة إهمال وقد نصت على هذا المعنى المادة ٤٧ عقوبات إيطالى على ما سبق بيانه .

(٤) نقض ١١ نوفبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد ج ٧ ص ١٩٩ وقد سبق لنا إيراد هذا الحكم — راجع ص ٩٣٠ . وحسن النية المشار إليه بهذا الحكم أساسه ، فيما يبدو ، الغلط الذى وقع فيه الشخص رغم احترازه . ومثل هذا الغلط ينصب على قيام ظرف أو نفيه إذا كان القانون يرتب على قيام الظرف أو نفيه امتناع المسئولية أو العقاب . وليس فى هذا جديد فإن الغلط فى الوقائع إذا أدى إلى الاعتقاد بتوفر عذر مخفف أو سبب من الأسباب المعدمة للمسئولية أو المانعة من العقاب يستفيد منه المتهم الذى وقع فيه ويحق التخفيف عليه أو تبرئته إلا إذا نص على غير ذلك — فى هذا المعنى المادة ٥٩ عقوبات إيطالى ومانسينى ج ١ =

خطتها محكمة النقض من قبل نحو تقرير نظرية عامة لحسن النية ، فيما يقوم الاعتقاد الخالى من الرعونة مقام الواقع ويسدُّ مسدَّه .

الخطأ الذى يقع فيه الموظف

٨١٩ – قد يتعلق هذا الخطأ بالوقائع وقد يتعلق بالقانون سواء كانت الحالة حالة تنفيذ القانون مباشرة أو كانت حالة إطاعة الرئيس ، فهل تنعدم المسئولية فى كل من نوعى الخطأ ، أو بتعبير أدق ما أثر الغلط أو الجهل بالقانون على المسئولية الجنائية فى هذه الحالة ؟

لم يضع المشرع نصوصاً خاصة تحدد أثر هذا الجهل والغلط على المسئولية سواء كان متعلقاً بالوقائع أو بالقانون ، جارياً فى ذلك على نهج المشرع الفرنسى وبخلاف ما جرى عليه المشرعون فى القوانين الحديثة كالقانون الإيطالى . وقد تقدم القول إن القاعدة الأصلية تقضى بأن الخطأ فى القانون أو الجهل به لا يؤدى إلى سقوط المسئولية بعكس الخطأ فى الوقائع أو الجهل بها – فهل هذه القاعدة متبعة أيضاً فى حالة الموظف الذى يخطئ فى القيام بالواجب أو أن نص المادة ٦٣ خروج عليها ؟

قد يقال إنه إذا كان الفرد العادى لا يغتفر له جهله بالقانون أو خطؤه فى فهمه ، فإن هذا الحكم ألزم فى حالة الموظف ، فالموظف هو الأمين على القانون فواجبه الأول أن يلم به وألا يخطئ فى فهم فحواه . هذا القول وإن

= ص ٦٥٢ . وأما الجديد ، فيما نرى ، هو تقييد محكمة النقض الغلط بالتحرز حتى لا يكون وليد الرعونة والإهمال وهذا بطبيعة الحال بشرط أن تكون الجريمة كما قالت محكمة النقض قد استوفت أركانها ، أما إذا كان الغلط قد ورد على ركن من أركان الجريمة فلا مناص من التسليم بأثره ولو كان نتيجة إهمال . على أن محكمة النقض قد تطلبت التحرز والتبصر لإمكان الاحتجاج بالغلط فى القانون إذا وقع على أحكام قانون غير قانون العقوبات كالقانون الإدارى أو المدنى أو قانون الأحوال الشخصية – راجع ص ٩٩١ .

هذا ويطلق جارسون اصطلاح حسن النية على انعدام القصد الجنائى ويعتبر انعدام القصد علة لحسن النية ، على حين يعتبر لبراتفان حسن النية مجرد باعث لا يخرج من اعتقاد الجانى مشروعية عمله – لبراتفان ، المرجع السابق ص ٢٦٩ . ويقول المستشار ميهان فى تعليقه بمجلة دالوز ١٩٣٩ – ١ – ٧٨ إن نظرية حسن النية تتداخل فى نظرية القصد الجنائى وتتأثر بها وهو ينبه إلى ضرورة عدم الخلط بين القصد وحسن النية وإلى أن حسن النية أمر والقصد الجنائى أو قصد الإضرار أمر آخر وأنهما لا يتعارضان ولا يقتضى وجود أحدهما نفى الآخر لأن حسن النية لا يمحو الركن الأدبى للجريمة وإنما يمحو صفة الجريمة عن الفعل على نحو ما تفعله أسباب الإباحة ، وأن سمو الدوافع لا ينفى وجود القصد الجنائى أو قصد الإضرار .

كانت له وجاهته إلا أنه من ناحية أخرى إذا تأملنا نجد أن التسليم به يؤدى إلى نتيجة سيئة ، ذلك أنه إذا ظلت المسئولية الجنائية مسلطة على رؤوس الموظفين فى كل أعمالهم ولو كانوا حسنى النية ، تنزل بهم كلما أخطأوا ولو كان الدافع لهم على ما أتوه الغيرة على المصلحة العامة والتفانى فى القيام بالواجب فإن ذلك يثبط من همتهم ويقلل من عزمهم خشية الخطأ والتعرض للعقاب . لهذا فالرأى المسلم به هو أن المادة ٦٣ عقوبات حكمها عام ، فسواء كان خطأ الموظف متعلقاً بالوقائع أو بالقانون فلا مسئولية عليه متى أثبت حسن نيته كما يتطلب القانون . وعبارة المادة صريحة فى انعدام مسئولية الموظف متى حسنت نيته(١) ولو كان الفعل متعلقاً باختصاصه ، وهو أول ما يجب أن يلم به ، فطبيعى أن خطأه المتعلق بنواحى القانون الأخرى ينتفى معه قيام المسئولية(٢) .

دراسة مقارنة حول المادة ٦٣ عقوبات

٨٢٠ – الفكرة التى أخذ بها المشرع المصرى آنفاً ليست بمنجاة من النقد ، ولذلك فإن بعض التشريعات الحديثة لا تسلم بانعدام مسئولية الموظف فى حالة الغلط القانونى أياً كانت الأحوال ، من ذلك القانون الإيطالى فقد نص فى المادة ٥١ على مسئولية الموظف إذا أصدر أمراً بفعل يُعد جريمة ، ومن قام بهذا الفعل يعاقب ، اللهم إلا إذا كان يعتقد بناء على خطأ فى الوقائع أنه يقوم بتنفيذ أمر مشروع قانوناً أو لم يكن فى استطاعته قانوناً تبيّن مشروعية الأمر ؛ وتنص المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات الفرنسى على عدم عقاب المرؤوس إذا أثبت أنه قام بما أتاه بناء على أمر من رؤسائه مما يدخل فى اختصاصهم

(١) راجع الأحكام التالية فى تطبيقات المادة ٦٣ عقوبات : نقض ٧ مايو ١٩٣١ مجموعة النقض ٢ ص ٣٠٣ ونقض ١١ مارس ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٧٤ ونقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٧٤ بندى ٢٥ و ٢٦ وحكم محكمة جنايات المنصورة فى قضية أخطاب فى ١٥ يناير ١٩٣٠ ، المحاماة س ١١ ص ٣٧٨ .

(٢) انظر تفصيلا فى هذا الموضوع : شيرى وبدوى ، مادة ٦٣ فقرة ١٠ ، وجرانمولان ، مادة ١ فقرة ٨٠٢ .

وكان عليه طاعتهم ، وتوقع للعقوبة فى هذه الحالة على الرئيس الذى أصدر الأمر .

كما تنص المادة ٤٤ عقوبات سودانى على أنه « لا يعد الفعل جريمة إذا أتاه شخص يلزمه القانون بإتيانه أو يقره على فعله أو أتاه وهو يعتقد بحسن نية بسبب غلط فى الوقائع لا بسبب غلط فى القانون أنه ملزم قانوناً بإتيانه أو بأن القانون يقره على فعله » . وقد أخذت هذه المادة عن القانون الهندى (١) . ولعل القانون السودانى ، وكذلك قانون الجزائر ، هو الذى لم يتأثر بالمادة ٣٢٧ من قانون العقوبات الفرنسى فجاء نص المادة ٤٤ جامعاً مانعاً : فهو يجمع بين ممارسة الحق وأداء الواجب ، وسواء قام الشخص بالواجب بناء على القانون مباشرة أو قام به بناء على أمر سليم صادر من السلطة العامة أو من رئيس من السلطة العامة أو من رئيس تجب طاعته ، وسواء كان من يؤدى الواجب من الأفراد أو الموظفين . فإذا كان العمل مخالفاً للقانون فإن المادة ٤٤ تنص كذلك على صورة الغلط فى الإباحة عندما يعتقد الشخص بحسن نية بسبب غلط فى الوقائع أن عمله مطابق للقانون . وتنص المادة ٧٩ من القانون المغربى على أنه « لاجريمة على من ارتكب فعلا بمقتضى نص قانونى وبأمر من السلطة الشرعية » . وقد نقل هذا النص عن المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات الفرنسى التى استلزمت لإباحة الفعل شرطين : الأول أن يكون فى القانون نص يأمر به ، والثانى أن يقع الفعل بناء على أمر من السلطة الشرعية **ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime** . وظاهر النص أنه لا يكفى لإباحة الفعل أن يكون مقرراً بمقتضى القانون ، بل يلزم أن يصدر به أمر من السلطة العامة ، فمأمور الضبط القضائى ، فيما عدا حالات خاصة ، لايجوز له القبض على المتهم أو تفتيش منزله إلا بناء على أمر من سلطة التحقيق ، وإلا ارتكب جريمة القبض على شخص بغير وجه حق أو الاعتداء على حصانة المسكن . ولكن لوحظ أن الشخص قد يتلقى الأمر من القانون مباشرة ، فالطبيب مثلا مكلف بالتبليغ عن الأمراض المعدية ولا يرتكب

(١) المادتان ٧٦ و ٧٧ – انظر محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٧ .

بذلك جريمة إفشاء السر ، والفرد العادى يخوله القانون القبض على المتلبس بجناية أو جنحة . وقد ثار البحث فى فرنسا فى أمر السلطة الذى لايستند إلى نص فى القانون ، وبعبارة أخرى الأمر المخالف للقانون الذى يصدر من رئيس تجب طاعته ، وقد اختلف الرأى هناك ، فذهب رأى إلى أن عمل المرءوس يكون مباحاً ، على أساس أنه مكلف بتنفيذ الأمر وليس له أن يقدره أو يناقش فيه . وثمة رأى عكسى بأن على المرءوس أن يرفض تنفيذ الأمر غير المشروع ، فلاطاعة لرئيس على مرءوس فى معصية . وقد لوحظ أن هذا الرأى قد تترتب عليه نتائج خطيرة وعلى الأخص فى مجال القوات المسلحة . ومن ثم اتجه رأى ثالث إلى التفرقة بين أمر واضح مخالفته للقانون فلا يقبل من منفذه التذرع بالإباحة ، وبين أمر لايظهر فيه ذلك فتنفيذه يكون مبرراً ، وفى العمل لا يقبل القضاء الفرنسى الدفع بالإباحة من الموظفين المدنيين إذا هم ارتكبوا جريمة تنفيذاً لأمر الرئيس (١) .

٨٢١ – والحوار الذى دار فى فرنسا حول المادة ٣٢٧ قد أفاد غالبية قوانين الدول العربية ، فجرت على التفرقة بين السببين فأيهما يكفى لإباحة الفعل متى كان مطابقاً للقانون ، فإذا لم يكن كذلك فقد لا تقوم المسئولية بسبب غلط فى الإباحة . ومن القوانين ما نص على أمر القانون كسبب لإباحة الفعل سواء كان من قام به موظفاً عاماً أو فرداً من الأفراد ، ومنها ما رأى أن إباحة الفعل عندئذ لا تحتاج إلى نص فقصر النص على الموظف العام عندما يباشر سلطة تقديرية (٢) . فنصت المادة ٤٢ من القانون التونسى على أنه « لا عقاب على من ارتكب فعلا بمقتضى نص قانونى أو إذن من الحكومة التى لها النظر » ، ويستوى فى حكم هذا النص الفرد والموظف . وعلى غراره ، مع اختلاف فى الصياغة ، جاءت المادة ٦١ من القانون الأردنى ، كما أنه يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٨٥ من القانون اللبنانى ، والمادة ١٨٤ من القانون

(١) انظر ستيفانى ولفاسير – قانون العقوبات العام ١٩٦٦ بند ١٢٤ وما بعده ص ١٢٨ وما بعدها .

(٢) أما عندما يباشر سلطة محددة وهو ينفذ أمر القانون أو أمر السلطة الشرعية ، فشأنه شأن الأفراد ، والأمر فى الحالتين لا يحتاج إلى نص .

السورى ، والمادة ٦٩ من القانون الليبى . وغنى عن القول إن العمل المطابق لهذه النصوص يكون مبرراً تبريراً تاماً .

٨٢٢ ـ وقد تعرض كل من قوانين لبنان وسوريا وليبيا والعراق للأمر غير الشرعى إذا لم يجز القانون التحقق من شرعيته ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ من القانون اللبنانى على تبرير الفعل ، بينما نصت المادة ٢/١٨٤ من القانون السورى على جواز تبريره ، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٦٩ من القانون الليبى على عدم المعاقبة عليه(١) . وإذا كان العمل غير مشروع فإنه لا يمكن القول بإباحته وإنما تمتنع المسئولية عنه ، لا بسبب غلط فى الإباحة وإنما بسبب الإكراه المعنوى (٢) . أما القانونان المصرى والكويتى فقد قصرا النص على الموظف العام ، وجعلا فعله مبرراً متى كان استعمالا لسلطة يقررها له القانون أو تنفيذاً لأمر يوجب عليه القانون طاعته . والفرق بين القانونين أن المادة ٦٣ من القانون المصرى جمعت صورتى الإباحة والغلط فيها ، بينما خصص المشرع الكويتى المادة ٣٧ للصورة الأولى والمادة ٣٨ للصورة الثانية (٣) .

وبهذا نكون قد فرغنا فى عجالة من الإلماح إلى الأفعال غير المشروعة التى يقارفها الموظف العام معتقداً على خلاف الواقع مشروعيتها . بيد أن هناك نوعاً من الجرائم ظل بعيداً عن اهتمام الفقه يقع من الأفراد العاديين اعتداءً على الوظيفة العامة التى يشغلها الموظفون العموميون . ويتمثل ظاهر النشاط الإجرامى فى هذا النوع فى اعتداء ماسٍّ بشخص الموظف العام ولكنه فى حقيقة الأمر ينطوى على الاعتداء على الوظيفة العامة التى يشغلها هذا

(١) وعلى غرار هذا النص جاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠ من القانون العراقى .

(٢) وقد نصت المادة ٦٩ / ٢ من القانون الليبى على أنه « إذا وقعت جريمة تنفيذاً لأمر تلك السلطة كان مسئولا عنها دائماً الموظف العمومى الذى صدر منه الأمر » وهو تطبيق لنظرية الفاعل المعنوى .

(٣) تنص المادة ٣٧ على أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف عام أثناء مباشرة اختصاصه استعمالا لسلطة يقررها له القانون ، أو تنفيذاً لأمر يوجب عليه القانون طاعته ، بشرط أن يلتزم حدود السلطة أو الأمر » . وظاهر أن هناك تزيدا فى النص يحيط ببعض شروط الإباحة ، فن المفهوم أن الموظف لا يستعمل سلطته إلا إذا التزم حدودها وكان مختصاً – انظر محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٩ .

الموظف ، ومن أجل ذلك نظر القانون إلى هذه الجرائم نظرة أخرى لتأكيد الحماية القانونية للوظيفة العامة من خطر الاعتداء عليها من جانب الأفراد . وتتمثل هذه الجرائم أساساً فيما نص عليه الباب السابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات تحت عنوان « مقاومة الحكام وعدم الامتثال لأوامرهم والتعدى عليهم بالسب وغيره » ، والمنصوص عليها فى المواد من ١٣٣ إلى ١٣٧ مكرراً . ولكن حماية الوظيفة العامة من شر الاعتداء عليها تقتضى من الموظف العام أن يلتزم حدود وظيفته فلا يتجاوز سلطته ، فما حكم هذا التجاوز إذا جاء نتيجة جهل أو غلط فى القانون ، هل تسقط الحماية القانونية عن الوظيفة العامة فيبيح للأفراد الاعتداء عليها ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه فى المبحث التالى .

المبحث الحادى عشر

اعتداء الأفراد على الوظيفة العامة(١)

الموظف العام والمكلف بخدمة عامة ورجل الضبط

٨٢٣ ـ يقصد بالموظف العام فى هذا الصدد كل شخص عُيّن بصفة مستقرة غير عارضة للمساهمة فى عمل دائم فى خدمة مرفق عام تديره الحكومة المركزية أو السلطات الإدارية اللامركزية بالطريق المباشر(٢) . ويقصد بموظفى الحكومة المركزية العاملون بالجهاز الإدارى للدولة ويتكون من الوزارات ومصالحها ، أما موظفو السلطات الإدارية اللامركزية فهم العاملون فى وحدات الإدارة المحلية ، والعاملون بالهيئات العامة والمؤسسات العامة (٣) . وتقتصر الحماية على الموظف العام المصرى دون الموظف العام الأجنبى

(١) انظر بحثنا بهذا العنوان للدكتور فتحى سرور ، القاهرة ، المطبعة العالمية ١٩٧٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، ٦ إبريل ١٩٥٧ س ٢ ص ٨٣٢ .

(٣) ولا يغير من هذا النظر أن القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بإصدار نظام العاملين المدنيين لا يتطبق على موظفى المؤسسات العامة الذين يخضعون لقانون مستقل هو القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ لأن هذا الاختلاف فى النظام القانونى يرجع إلى طبيعة المرفق الذى يعمل فيه الموظف فضلا عن أن معيار السلطة العامة الذى يحكم الموظف العام لم يعد هو الفيصل فى تحديد صفته ، والسائد الآن هو معيار المرفق العام – انظر نقض ١٥ فبراير ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٥٢ .

لأنه لا يعتبر موظفاً عاماً فى نظر القانون المصرى ، ولكن يتمتع بالحماية الموظف الفعلى لأن المصلحة المحمية هى الوظيفة العامة وقد كان يشغلها الموظف بصفة فعلية .

ويقصد برجل الضبط **agent de la force publique** كل شخص بيده سلطة حفظ الأمن والنظام والضبط ، ويستوى أن يكون الضبط إدارياً أو قضائياً . ولا ترادف بين معنى رجل الضبط ومدلول مأمور الضبط القضائى فالأول أوسع وأشمل . والإشارة إلى رجل الضبط لا تضيف جديداً إلى مدلول الموظف العام لأنه ليس إلا صورة من صوره ، ومن ثم فإغفال النص عليه كما هو الحال فى المادتين ١٣٧ و ١٣٧ مكرراً (١) لا يحول دون انطباقهما على رجل الضبط .

أما المكلف بخدمة عامة فهو كل من يُلزمه القانون بالقيام بإحدى الخدمات العامة أو بمباشرة مهمة تتعلق بالنظام العام دون اعتبار لعدم شغله مركزاً وظيفياً فى الدولة ، وهو ما يضفى ذاتية خاصة على معنى الوظيفة العامة فى هذه الجرائم .

حدود المصلحة المحمية

٨٢٤ – تقتصر الحماية القانونية للوظيفة العامة ضد اعتداء الأفراد على ما يقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ، فهى ليست حماية لشخص الموظف العام بل هى حماية للوظيفة العامة ذاتها ، فإذا خرج الموظف عن نطاق وظيفته وقام بعمل خاص فإن الأعمال التى يقوم بها لا تشملها الحماية الجنائية . ولكن لا يحول دون اعتباره أثناء تأدية الوظيفة أن يغفل بعض القواعد الشكلية التى يجب مراعاتها (١) أو أن يقع الاعتداء عليه بسبب وقائع تتعلق بحياته الخاصة طالما أنه يمارس وظيفته وقت الاعتداء .

أما سبب الوظيفة فيفترض أن الموظف العام لم يكن يمارس وظيفته ولكن الاعتداء عليه يقع بالنظر إلى صفته العامة ، فهو المقصود بالاعتداء لا بالنظر

(١) وتطبيقاً لذلك قضى فى فرنسا بتوافر جريمة إهانة موظف عام إذا وقعت على محضر أثناء جرده منقولات سبق الحجز عليها وإن كان قد أجرى هذا الجرد فى يوم عيد بدون إذن من القاضى – حمدى عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٦٤٢ .

إلى شخصه وإنما بناء على الوظيفة التى يشغلها أو الأعمال العامة المكلف بها ، فإذا كان سبب الاعتداء راجعاً إلى الحياة الخاصة للموظف العام فلا تقوم الجريمة (١) ، وهذا بخلاف الاعتداء الذى يقع أثناء تأدية الوظيفة فيستوى أن يكون سببه عاماً أو خاصاً .

تجاوز الموظف حدود وظيفته أو قيامه بعمل باطل

٨٢٥ – تتمثل الحماية الجنائية للوظيفة العامة ضد اعتداء الأفراد فى صور ثلاث هى تجريم إهانة الموظف العام وتجريم التعدى عليه وتجريم إكراهه على الإخلال بالوظيفة العامة ، وقد تمتع الموظف العام من وراء تلك الحماية المباشرة للوظيفة العامة بحماية غير مباشرة لشخصه ضد أى اعتداء من جانب الأفراد ، فما حكم تجاوز الموظف حدود وظيفته أو قيامه بعمل باطل ، وهل تسقط الحماية الجنائية التى قررها القانون ؟ يدق البحث عندما يعتبر تجاوز الموظف العام لوظيفته جريمة تهدد الأفراد بخطر على النفس أو المال مما يوفر لهم حق الدفاع الشرعى ، فهل يجوز للأفراد استعمال هذا الحق ضد الموظف العام ؟ إن الصراع الدائر بين مصلحة الفرد المجنى عليه ومصلحة الموظف العام المعتدى لا تقتصر عليهما فحسب بل يتدخل فى الصراع عنصر جديد هو الوظيفة العامة ، ذلك أن الدفاع الذى يوجهه الفرد ضد الموظف العام أثناء تأدية وظيفته أو بسببها لا يقتصر على شخصه وإنما ينصب أيضاً على الوظيفة العامة مما يعتبر اعتداء عليها ، فمتى يمكن أن ينحصر الصراع بين الفرد والموظف العام المتجاوز لسلطة وظيفته عن عمد أو إهمال أو جهل ، ومتى يمكن إسقاط عنصر الوظيفة العامة من حساب هذا الصراع ؟

مدى حق الفرد فى مقاومة الموظف العام

٨٢٦ – تفرّق الفقه فى تحديد مدى حق الفرد فى مقاومة الموظف العام

(١) فتحى سرور ، المرجع السابق ص ٧ – وقارن عكس ذلك حمدى عبد الملك ص ٦٤١ . وإذا كان الموظف العام فى أجازة رسمية أو موقوفاً عن العمل فلا يتصور التعدى عليه أثناء تأدية الوظيفة لكن يجوز التعدى عليه بسبب الوظيفة ، فإذا انمحت صفته كموظف عام فلا تقوم الجريمة ولو كان الاعتداء بسبب الوظيفة التى كان يشغلها طالما أنه فقد صفته كموظف عام وقت الاعتداء .

إلى ثلاثة مذاهب [1] : يذهب أولها إلى تفضيل الأمن والنظام على العدالة والمصالح التى يحميها قانون العقوبات ، ويقيم – فى سبيل تبرير هذا التفضيل – قرينة قانونية على شرعيـة أعمال رجال الضبط مما لا يجوز بالتالى مقاومتها تحت ستار الدفاع الشرعى أو حالة الضرورة . ويذهب ثانيها – على عكس المذهب الأول – إلى تفضيل العدالة والمصالح التى يحميها قانون العقوبات قولا إن قرينة شرعية جميع أعمال رجال الضبط لا يعرفها القانون العام وتمس ذاتية قانون العقوبات ، هذا إلى أن منع مقاومة الأعمال غير الشرعية التى تصدر عن رجال الضبط لا يتفق مع مبادئ القانون التى تتجه نحو حماية الشرعية وصيانة حقوق وحريات الأفراد التى كفلها الدستور [2] ، وفى نطاق حق الدفاع الشرعى وحالة الضرورة فإن رفض إطاعة الأوامر ومقاومة السلطات السلبية أو الإيجابية غير المشروعة يعتبر الوسيلة الأخيرة التى يقدمها القانون لحماية القيم التى تتعرض للخطر بسبب تجاوز السلطة . والرأى الذى ينكر دائماً حق المقاومة لا يمكن الدفاع عنه إذا خولنا دون قيد للإجراءات الإدارية غير الشرعية قوة الأمر المقضى ، وهذا ما لا يمكن التسليم به [3] ، ولذلك حاول كثير من الفلاسفة والفقهاء الدفاع عن حق المقاومة والدعوة إلى النص عليه فى صلب الدستور [4] . أما المذهب الثالث فيتوسط المذهبين السابقين ، فهو يسلم من حيث المبدأ بتفضيل الأمن والنظام على العدالة والمصالح التى يحميها قانون العقوبات مع وضع قيد على هذا التفضيل : فاشترط البعض لجواز مقاومة رجال الضبط أن تكون أعمالهم قد وصلت إلى حد أعمال

(١) راجع اتجاهات الفقه المختلفة فى هذا الشأن ، فتحى سرور ، المرجع السابق ص ٩ – ١٢ .

(٢) قضت محكمة النقض عندنا بأنه إذا كانت أفعال الاعتداء المسندة إلى الطاعنين قد وقعت أثناء قيام رجال البوليس وموظفى وزارة الأوقاف بهدم الجدار التى أنشأه الطاعنة بالأرض المتنازع عليها ، وكان الهدم مما لا يدخل فى اختصاص أولئك الموظفين ، فإنه لم يكن ثمة ما يمنع من دفع عدوانهم – نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ ص ٧٦٨ .

(٣) فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١١ والمراجع المشار إليها بالهامش .

(٤) محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ١٩٦٧ ص ٩٦ .

الاعتداء المادى **Voies de fait** بالمعنى المعروف فى القانون الإدارى وهى أعمال منعدمة **inexistants** وليست باطلة فحسب [1] . وقد لوحظ أن هذا المعيار موضوعى بحت ولا يستطيع الأفراد تطبيقه إذ تطبيقه من مهمة القاضى ، ولذلك اقترح البعض الآخر معياراً شكلياً يسمح للأفراد بتطبيقه هو معيار الظاهر . ووفقاً لهذا المعيار يتوقف مدى شرعية أعمال رجال الضبط على ما تحوزه من حيث الظاهر من أمارات الشرعية ، فاستناداً على هذا الظاهر وحده تتوافر قرينة الشرعية التى تستند إليها هذه الأعمال ، فإذا كانت أعمال رجال الضبط تنطق بحسب الظاهر بعدم الشرعية ، سقطت قرينة الشرعية وجاز للأفراد مقاومتهم ، وعندئذ ينشأ حق المقاومة للأفراد ضد ما يسمى بعدم العدالة الظاهرة **injustice manifeste** أو التلبس بعدم الشرعية **La flagrance d'illégalité** . بيـد أن الرغبة فى حماية التوازن العادل بين الشرعية والنظام الاجتماعى دفع البعض إلى عدم إطلاق حق الأفراد فى المقاومة وإخضاع هذا الحق لشرطين هما عدم الشرعية الظاهرة أو التلبس بعدم الشرعية ، وجسامة آثار عدم الشرعية ، ولا يتسع نطاق دراستنا لتفصيل هذين الشرطين [2] .

موقف التشريع المصرى

٨٢٧ – أخذ التشريع المصرى بالرأى الذى اعتنقه المذهب الثالث ، فنص فى المادة ٢٤٨ عقوبات على أن « لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف أسباب معقولة » . ويمكن إجمال المبادئ التى يخضع لها قانون العقوبات المصرى فيما يلى :

١ – المبدأ : الأصل هو عدم جواز استعمال حق الدفاع الشرعى ضد الموظف العام أثناء قيامه بعمل بناء على واجبات وظيفته ولو كان عمله هذا

(١) مصطفى كيرة ، نظرية الاعتداء المادى فى القانون الإدارى ، رسالة دكتوراه ١٩٦٣ ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) راجع فى تفصيلهما ، فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١٢ و١٣ .

ينطوى على جريمة شريطة أن يكون الموظف حسن النية أى معتقداً مشروعية العمل ، سواء كان حسن النية مبنياً على أسباب معقولة أو لا . ويلاحظ أن حسن النية يجعل الموظف فى حالة غلط فى الإباحة مما يجعله مسئولا مسئولية غير عمدية أو غير مسئول على الإطلاق عند توافر الأسباب المعقولة . وفى الحالتين كلتيهما لا يعنى عدم المسئولية إباحة الجريمة[1] ، ومن ثم يجوز طبقاً للقواعد العامة ، الدفاع الشرعى ضد الموظف . ولكن القانون ، استثناء من هذه القواعد ، منع بنص خاص استعمال الدفاع الشرعى ضد مأمورى الضبط الذين يتوافر لديهم حسن النية سواء كان مقترناً بأسباب معقولة أو لا[2] .

(١) ذهب فريق من الفقه إلى أن المادة ٦٣ عقوبات تشير إلى حالتين مختلفتين ، فالأولى تفترض أن يرتكب الموظف العام عملا قانونياً تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس تجب عليه إطاعته أو لنص القانون ، عندئذ يكون الموظف فى حدود الإباحة القانونية . والثانية تفترض – على عكس ما تقدم – أن يرتكب الموظف فعلا « غير قانونى » تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه أو لنص اعتقد الموظف خطأ ، أى على سبيل الغلط ، أنه يأمره بارتكابه ، حينئذ يخرج الموظف على حدود الإباحة . ولكن إذا حسنت نيته بأن كان – بعد التثبت والتحرى – يعتقد على سبيل الغلط بمشروعية ما قام به فإن القانون يرفع عنه المسئولية الجنائية دون أن يبيح فعله أى بغير أن تزول الصفة الإجرامية لفعله . أما بالنسبة لحالة الدفاع الشرعى واعتقاد الجانى على خلاف الواقع أن الخطر حقيقى حالة أنه ليس كذلك فإن القانون لا يوجب فى تلك الحالة أن يقع – بصفة مطلقة – اعتداء حقيقى بل يكفى أن يكون خطر الاعتداء ماثلا فى ذهن المدافع وقت الاعتداء ولو ثبت فيما بعد أن الخطر لم يكن له أصل فى الواقع شريطة أن يثبت أن تخوف المدافع كان مبنيا على أسباب معقولة ، وبهذا يكون التخوف من الخطر الحال أى الخطر الوهمى أو التصورى ، كافيا لقيام حالة الدفاع الشرعى متى كان له سبب معقول ، وبالتالى يعتبر فعله الذى دافع به فعلا مباحاً لا جريمة فيه – راجع رؤوف عبيد ، مبادىء القسم العام من التشريع العقابى المصرى ١٩٦٢ ص ٣٩٦ وما بعدها – السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٣ ص ٢٠١ و ٢١٧ – محمود إبراهيم اسماعيل ، القسم العام ص ٤٦٣ . وقارن محمود نجيب حسنى ، المقال السابق ص ١٥٤ وآراء الفقهاء الألمان الذين أشار إليهم . وانظر فى التسوية بين الإباحة الفعلية والإباحة الفعلية فى الدفاع الشرعى ، نقض ٢٢ يناير و٩ إبريل ١٩٥١ س ٢ ص ٥٣١ و ٩١٦ نقض ٢٠ يونيه و١٩ نوفمبر ١٩٥٥ س ٦ ص ١١٤٤ – نقض ٣١ يناير و ٢٣ أكتوبر ١٩٥٦ س ٧ ص ١١٨ و ١٠٦٥ ونقض ٢ إبريل ١٩٥٧ س ٨ ص ١٠٥٨ و ١٦ فبراير ١٩٥٩ س ١٠ ص ١٩٨ .

(٢) فإذا لجأ الأفراد على الرغم من ذلك إلى مقاومة رجال الضبط وجب معاقبتهم طبقاً للمواد من ١٣٦ إلى ١٣٧ مكرراً عقوبات حسب الأحوال .

٨٢٨ – وقد ذهب البعض[1] إلى أنه إذا باشر مأمور الضبط (الموظف العام) العمل خارج اختصاصه فيجوز الدفاع الشرعى ضده ، ولكن القول بهذا الرأى سوف يهدم المعنى الذى أراد الشارع تحقيقه حين حظر مقاومة رجال الضبط لأن عدم الاختصاص هو من أسباب عدم شرعية أعمالهم التى لا تجوز مقاومتها . ولم يقصد المشرع من عبارة « أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته » إلا أن الموظف يقوم بعمله تحت ستار وظيفته ، فإذا حاول الموظف القيام بعمله غير المشروع فى نطاق حياته الخاصة جاز الدفاع الشرعى ضده .

٢ – الاستثناء : يجوز الدفاع الشرعى ، استثناء ، ضد الأعمال غير المشروعة لرجال الضبط فى حالتين : عدم الشرعية الشخصية ، وجسامة الأثر المترتب على عدم الشرعية .

أ – عدم الشرعية الشخصية : اشترط القانون أن يكون رجل الضبط سيئ النية ، أى يعلم أن عمله غير مشروع[2] . ويلاحظ أنه إذا كان العمل الذى يقوم به الموظف العام ظاهر البطلان فإنه ينفى بذاته حسن نيته ، فهذا العمل يعتبر تلبساً بعدم الشرعية مما لا محل معه للتذرع بحماية الوظيفة العامة لأن ما يمارسه الموظف العام فى هذه الحالة ليس إلا اعتداء على الوظيفة ذاتها[3] . وتسترعى النظر إلى أنه على الرغم من عدم الأخذ صراحة بفكرة عدم الشرعية الظاهر ، فإنه قد سلم بها ضمناً . وإذا كان الأصل هو حسن

(١) محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٢) مثال ذلك من يتوجه القبض على إنسان يعلم أنه ليس هو المقصود بأمر القبض . مثال ذلك أيضاً رجل الضبط الذى يقبض على شخص فى غير حالة التلبس بدون أمر من القاضى المختص أو النيابة العامة مع علمه بأن عمله يخالف الدستور (م ٤١) . أما إذا كان القبض فى الحالات التى يجيز له فيها قانون الإجراءات الجنائية ذلك فى غير حالة التلبس جاهلا عدم مشروعية عمله فى ظل الدستور القائم فإنه يكون حسن النية ولا سيما أنه لا يكلف بالمفاضلة بين أحكام القانون وأحكام الدستور – راجع هامش ص ٨٥١ .

(٣) مثال ذلك أن يفتش مأمور الضبط امرأة على نحو يمس حياءها المرضى وهو عمل غير مشروع لأن تفتيش الأنثى يجب أن تقوم به أنثى (م ٢/٤٠ إجراءات) ، أو أن يعمد إلى تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف .

النية[1] ، فإن هذا الأصل ينتفى إذا كان العمل ينطوى فى ذاته بعدم المشروعية بحسب الظاهر من الأمور ، ويرجع فى تحديد هذا الظاهر إلى تقدير الشخص المعتاد من أفراد الناس الذين ينفذ عليهم هذا العمل .

ب ــ جسامة الأثر المترتب على عدم الشرعية : أجاز القانون مقاومة الموظف العام حسن النية إذا كان يخشى أن ينشأ من تنفيذ عمله غير المشروع حدوث موت أو جروح بالغة إذا كان لهذه الخشية سبب معقول[2] . وقد لاحظ المشرع فى هذا الاستثناء أن الاعتداء الجسيم على المصلحة المحمية وهى الحق فى الحياة أو سلامة الجسم أولى بالرعاية من المصلحة المستفادة من النظام والأمن .

الخلاصة

٨٢٩ ــ الأصل أنه لا يجوز تقرير حق الأفراد فى مقاومة الموظفين العموميين حتى لا يخلق القانون معول هدمه ، فالرقابة الفردية على أعمال الوظيفة العامة عن طريق المقاومة نوع من إثارة الفوضى ومدعاة للاضطراب ، حالة أن الرقابة القضائية على هذه الأعمال ضمان لسلامتها ولتحقيق الصالح العام ، فليس من المستطاع تنظيم شرعية المقاومة فى القانون لأن ذلك يتنافى مع معنى القانون ذاته ، بيد أنه يمكن تقرير حق الأفراد فى المقاومة ولو بغير نص حين يسقط السند القانونى الذى يعصم أعمال الموظفين العموميين من شر المقاومة الفردية ، ولا يتسنى ذلك إلا حين تتجرد هذه الأعمال بجلاء من المسحة الشرعية فيبدو عدوانها على القانون أمراً متبادراً للوهلة الأولى فتكون حيال تلبس بعدم الشرعية . ويجب حينئذ أن يكون هذا التلبس حقيقياً لا مجرد وهم ، فالفرد الذى يختار سبيل المقاومة يجب أن يكون مستعداً لتقديم الحساب أمام قضاته مهما حسنت نيته ، ولن يشفع حسن نيته إلا بالقدر الذى يسمح به القانون وفقاً لنظرية الغلط فى الإباحة ومعيار الخطأ غير العمدى[3] .

(١) يفترض قانون العقوبات الفرنسى حسن النية بموجب المادة ١٨٦ منه .

(٢) والتحقق من ذلك مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضى الموضوع . ومن أمثلة ذلك أن يحاول مأمور الضبط تنفيذ أمر باطل بالقبض على شخص تقرر إجراء عملية جراحية له بعد قليل ويهدد تأجيلها حياته بالخطر – انظر فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١٦ .

(٣) يكاد يجمع الفقه الحديث على أن الغلط فى الإباحة ، أو الإباحة الظنية ، لا يجوز أن تتعادل من حيث الأثر القانونى مع الإباحة الواقعية وبالتالى لا تؤدى تلك الإباحة =

وحينئذ يركن فى مقاومة الموظف العام إلى الدفاع الشرعى أو حالة الضرورة : فإذا كان العمل غير الشرعى الذى قارفه الموظف العام ينطوى فى حد ذاته على جريمة جاز الدفاع الشرعى ضد هذا العمل مهما كانت درجة جسامة الخطر المستفاد من عدم الشرعية ، مع استيفاء سائر شروط هذا الدفاع . أما إذا كان العمل غير الشرعى لا يكون جريمة فيجوز للأفراد مقاومته وفق حالة الضرورة شريطة أن ينطوى عدم الشرعية الظاهر على خطر جسيم حال يهدد الأفراد ، وينزل الأثر الجسيم لعدم المشروعية هنا منزلة الشرط اللازم لتوافر حالة الضرورة . وهكذا يخلص لنا أن التلبس بعدم الشرعية هو الشرط المفترض لتوافر حق المقاومة لأنه هو الذى يهدم العائق الذى يقف حيال واجب الأفراد فى إطاعة الموظفين العموميين ، ولما كان حق المقاومة ينظمه القانون إما فى إطار حق الدفاع الشرعى أو فى إطار حالة الضرورة ، فإنه فى الإطار الأول يجب أن ينطوى عدم الشرعية الظاهر على خطر الجريمة ، أما فى الإطار الثانى فيجب أن ينطوى عدم الشرعية الظاهر على مطلق الخطر الجسيم ولو لم يترتب على الجريمة : بيد أنه فى الإطارين كليهما يستوجب القانون نوعاً من الجسامة فى آثار عدم الشرعية ، ومعيار الجسامة فى الدفاع الشرعى قانونى بحت وهو مجرد خطر الجريمة ، ولكنه فى حالة الضرورة موضوعى بحت هو مطلق الخطر الجسيم[1] .

= الوهمية إلى مشروعية فعل الجانى فلا ترتد جريمته إلى أصلها من الإباحة ، ذلك أن أسباب الإباحة كقاعدة عامة ذات طبيعة موضوعية فهى لا تنتج آثارها المبيحة للجريمة إلا إذا توافرت واقعيا وتكاملت لها شروطها وعناصرها فعلا بغض النظر عن علم الجانى أو جهله بتوافرها . بيد أنه إذا كان الغلط فى الإباحة لا يؤدى إلى إباحة الجريمة فمن الجائز أن يقوم ذلك الغلط بدوره النافى للقصد شأنه شأن الغلط الذى ينصب على عنصر من عناصر الكيان الموضوعى للجريمة ومن ثم تمتنع مسئولية الجانى تماما أو يسأل مسئولية غير عمدية فى صورة الخطأ أو الإهمال إذا تكاملت شروطها . وقد ذكرنا فيما تقدم أن هذا الرأى هو السائد فى إيطاليا بصريح نص المادة ٥٩ عقوبات ، كما أنه هو السائد أيضاً فى الفقه الألمانى وإليه يميل فريق من الفقه المصرى رغم خلو القانونين الألمانى والمصرى كليهما من نص يضع قاعدة عامة تحسم المشكلة كما فعل المشرع الإيطالى .

(١) ولا يترتب على التمييز بين الوضعين أثر قانونى معين لأن الدفاع الشرعى وحالة الضرورة يعتبران فى رأينا من أسباب الإباحة على خلاف ما يراه جمهور الفقه المصرى عدا الدكتور أحمد فتحى سرور والدكتور محمود مصطفى الذى مال إلى اعتناق هذا الرأى مؤخراً =

٨٣٠ ـ ونحن إذا نظرنا إلى نص المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات المصرى سوف نجد فكرة التلبس بعدم الشرعية غير واضحة ولا تغنى عنها فكرة عدم الشرعية الشخصية التى اعتنقها المشرع المصرى . ومن ناحية أخرى فإن إباحة مقاومة مأمور الضبط حسن النية إذا كان يخشى من تنفيذ عمله غير المشروع حدوث موت أو جروح بالغة إذا كان لهذه الخشية سبب معقول ـ لا يجوز أن يقتصر على حق الدفاع الشرعى ، فهذه المقاومة تعتبر مشروعة ولو كان العمل غير الشرعى الذى يصدر عن الموظف العام لا ينطوى على خطر ارتكاب جريمة ، وأساس شرعية المقاومة فى هذه الحالة هو حالة الضرورة وليس حق الدفاع الشرعى(١) .

ـــ فى مؤلفه « أصول قانون العقوبات فى البلاد العربية ١٩٧٠ » حيث كان قبل ذلك مع الجمهور فى أن حالة الضرورة تعتبر من موانع المسئولية ـ راجع مؤلفه فى القسم العام ط ١٩٦٩ وراجع ما ذكرناه ص ٩٣٥ هامش(١) .

(١) فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١٦ ـ ١٨ .

فذلكة البحث(١)

٨٣١ ـ عرضنا للنظريات التى تداولت مبدأ « عدم جواز الاعتذار بالجهل أو الغلط فى القانون » والنقد الذى استهدفت له هذه النظريات . وقد تبدو نظرية الالتزام بالعلم بالقانون أفضل من غيرها لتبرير الإبقاء على المبدأ ، وقد سار فى وقتنا الحاضر الشارح الإيطالى ديلوجى على درب سلفه مانزينى (٢) ، واستند فى دعم تلك النظرية على دعامتين : الأولى أن الالتزام بالعلم بالقانون هو التزام عام نصت عليه بعض الدساتير مثل الدستور الإيطالى الصادر عام ١٩٤٧ فقد نص فى مادته الرابعة والخمسين على أن « يقع على عاتق كل المواطنين واجب الخضوع والإخلاص للجمهورية كما عليهم الالتزام بالدستور وبالقوانين » وهو ما يتأدى منه أن على المواطنين التزاماً بالعلم بالقوانين كافة التى تصدر وفقاً لهذا الدستور ، والثانية أن فكرة الدولة القانونية **L'état de droit** مفادها أن العلاقة بين الدولة والفرد أضحت علاقة قانونية تحميها قواعد القانون العام ، علاقة يمكن أن تنشأ عنها حقوق والتزامات شخصـية تبادلية . ومن ثمة يمكن القول إن كل دستور ينشئ على عاتق الدولة التزاماً بأن تقوم « بنشر » القاعدة القانونيـة التى تصدرها فى جريدتها الرسمية وذلك حتى يمكن أن يترتب لها فى ذمة الأفراد حق يتمثل فى أن يضبطوا تصرفاتهم وفق أحكام تلك القاعدة . ويتفرع على تلك الالتزامات والحقوق المتبادلة أن يسقط عن كاهل الأفراد التزامهم بضبط تصرفاتهم وفقاً لأحكام القاعدة القانونية التى لا تستكمل شكليات

(١) الفذلكة كلمة مولدة وهى منحوتة من قولهم فذلك كذا وكذا لما هو نتيجة الجمع الذى كان يستعمل فى الدواوين وأكثر الناس يستعيرها للتمهيدات التى تورد بين يدى البحث والتأليف . بيد أنى بعد أن أوضحت أصلها أستصوب استعارتها للخاتمة والنهاية لأنها هى التى تشبه فى معناها ذلك المعنى الذى انتحت منه تلك الكلمة . . وقد جاء فى المنجد طبعة بيروت ص ٦٠٢ « فذلك فذلكة » الحساب فرغ منه » والفذلكة مصدر مجمل أو خلاصة ما فصل أولا حساباً كان أو غيره .

(٢) **Manzini : Déritto penale italiano 1950 Vol II p. 26-27. Delogu : La Calpabilité N 505.**

نشرها وبالتالى يقوم حقهم فى مواجهة الدولة فى عدم تطبيق تلك القاعدة عليهم . بيد أنه فى مقابل هذا الحق ، ينشأ على عاتق الأفراد التزام قانونى آخر بأن يبذلوا كل جهد ممكن ابتغاء العلم بالقاعدة القانونية التى تولت الدولة نشرها وفاء بالتزامها ، وتقصير الأفراد فى تنفيذ التزامهم القانونى بالعلم أمر دالٌ بذاته على إخلالهم به مما يستوجب قانوناً استحقاقهم جزاء نكولهم عن تنفيذه(١) .

٨٣٢ — بيد أن الميزة المتبادرة من نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » ، على تقدير أنها تكفل لعناصر القصد الجنائى التحديد الصحيح وتستبعد الافتراض والمجاز من أحكامه (٢) ، تكاد تتلاشى أمام النظرة الفاحصة . ذلك أن القول بأن الالتزام بالعلم بالقانون يقوم فى ذهن كل ذى أهلية حين يقدم على أى نشاط إنما يقيم « قرينة إثبات » على توافر علمه بأن عليه التزاماً قانونياً عاماً بأن يعلم بالقاعدة القانونية التى صدرت وتم النشر عنها ، وهو ما يعنى وجود تلازم بين واقعة « توافر الأهلية القانونية » لدى فرد من الأفراد ، وبين واقعة « علمه الفعلى » بأن ثمة قاعدة قانونية قد نشرت بالطريق الدستورى وبالتالى تولد فى ذمته التزام قانونى بالعلم بها . ونحن نتفق مع الدكتور محمد زكى محمود (٣) فى أننا بذلك نجد أنفسنا مرة أخرى وجهاً لوجه أمام الفكرة

(١) وقد حدث أن صودرت كمية من الذهب ضبطت مع إيطالى عند عودته إلى إيطاليا ، وكان قد هاجر إلى كولومبيا وتغيب فيها عشرين سنة ، جاهلا القانون الإيطالى الذى يحظر استيراد الذهب أو تصديره . أدانته محكمة أول درجة ثم ألغت محكمة الاستئناف الحكم وقضت ببراءته تأسيساً على تواجده فى حالة يستحيل عليه فيها تنفيذ التزامه بالعلم بالقانون الجنائى الإيطالى — وراجع مانزينى ، المرجع السابق ص ٥٢٤ . هذا وقد أخذ الدكتور عبد المهيمن بكر بنظرية الالتزام بالعلم بالقانون — انظر رسالته ، المرجع السابق ص ٢٢٠ .

(٢) يخص الدكتور محمود نجيب حسنى هذه النظرية بالميزة المشار إليها إلى جانب ميزات أخرى . وهو يقول إن فكرة القصد الجنائى لاتتصور إلا إذا كان عنصرها الأساسى هو إرادة مخالفة القانون ، وهذه الإرادة تتطلب العلم بالقانون ، وهذا العلم يتحدد بالعلم بالالتزام الذى يتولد عن القاعدة القانونية ، وقد سبق أن أشرنا إلى أن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يرتبط حتماً بالالتزام بالخضوع لما تتضمنه هذه القاعدة من أحكام ، وأن الالتزام بالعلم بالقانون يقوم فى ذهن كل ذى أهلية حين يقدم على أى نشاط .

(٣) المرجع السابق ص ٥٢٩ .

التى قال بها أصحاب نظرية افتراض العلم بالقاعدة القانونية بقرينة نشرها . كل ما هنالك أننا أمام نظرية افتراض العلم « بوجود الالتزام بالعلم »(١) بالقاعدة القانونية تستبدل بقرينة « النشر » قرينة « الأهلية » . وهذا الفقيه محق فى تساؤلاته : هل « توافر الأهلية » يمكن اعتباره « قرينة إثبات » على توافر العلم بنشوء الالتزام بالعلم بالقانون لدى الأفراد ، وهل هى قرينة قضائية أو قانونية ، وإذا كانت قانونية فهل هى قاطعة لا تقبل إثبات العكس أو بسيطة يمكن إثبات عكسها ؟ فإن لم تكن قرينة إثبات فهل هى قاعدة موضوعية وأين هو النص القانونى الذى تضمنها ؟ فإذا لم تكن هذه ولا تلك ، فهل تراها مجرد

(١) قلنا إن الدكتور محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق حاول الربط بين نظرية الالتزام بالعلم بالقانون وبين القواعد الأساسية فى القصد الجنائى وأهمها — فى رأى أصحابها — أن علم الجانى بالقاعدة الجنائية يمثل عنصراً أساسياً من عناصر القصد الجنائى فإذا جهلها انتفى قصده شريطة ألا يكون جهله هذا نتيجة تقصير منه بأن لم يبذل ما كان يمكنه أن يبذله من جهد وأفعال إيجابية ابتغاء العلم بالقاعدة القانونية . ومع التسليم بما تقوله النظرية من أن صدور القاعدة القانونية يضع على عاتق الأفراد التزاماً بالعلم بها ثم التزاما بالخضوع لأحكامها ، فإن الالتزام بالعلم بالقاعدة يستتبع العلم ابتداء بالالتزام بالعلم بهذه القاعدة حتى ينهض الأفراد للوفاء بهذا الالتزام عن طريق بذل غاية جهدهم للعلم بالقاعدة ، والالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يستوى فى ذلك مع الالتزام بالخضوع لأحكام هذه القاعدة ، فكما أن هذا الالتزام الأخير يستتبع ابتداء العلم بالقاعدة حتى يستطيع الفرد الخضوع لأحكامها ، فكذلك الالتزام بالعلم بالقاعدة يستتبع أيضاً العلم بالتزام العلم بها حتى يسارع إلى بذل الجهد توصلا إلى تحصيل هذا العلم بالقاعدة القانونية ، ومن ثم إلى الخضوع لأحكامها . ولعل هذا الذى نقول به دار بخلد الدكتور محمود نجيب حسنى فنجده يقول ص ٢١٦ « إن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية هو التزام « يعلم » به كل « ذى أهلية » يخضع لسلطانها » ويقول « لا شك عندنا أن كل من يأتى نشاطاً عليه واجب العلم بحكم القانون فيه قبل أن يقدم عليه ، وهو يعلم بهذا الواجب لأنه يعلم بأنه فرد فى مجتمع يخضع للقانون ولا يتمتع بحرية مطلقة . . ويعنى ذلك أن المتهم « يعلم بالواجب » الذى يحتم عليه « العلم بالقانون » ويتوافر هذا العلم لدى كل ذى أهلية فى نظر القانون . . » وهذا القول ، كما يقول الدكتور محمد زكى محمود بحق ، يمكن صياغته بعبارة أخرى دون أن يتغير مدلوله فنقول : « كل ذى أهلية مفروض فيه أنه يعلم بقرينة توافر عناصر الأهلية فيه ، بأن هناك قاعدة قانونية قد صدرت ونشرت ، وبأنها أنشأت على عاتقه التزاماً بالعلم بها وإدراك أحكامها » . يؤيد ذلك قول الدكتور نجيب حسنى فى موضع آخر إن « القول بعلم كل شخص ذى أهلية بهذا « الالتزام بالعلم » وبوجوب خضوعه لا ينطوى على تكليفه بما يشق على الأفراد القيام به ، فالعلم بالقانون مرتبط بالحياة فى المجتمع ، ونطاقه يتحدد وفقا الظروف التى تحيط بكل شخص وتبين له الأعمال التى يسعه أن يقوم بها لكى يعلم بأحكام القانون » .

تحايل فقهي أو حيلة قانونية ، وإن كانت حيلة قانونية فأين النص التشريعي الذى يقررها ؟ وهكذا يمكن القول إن سهام النقد التى سددت إلى نظرية افتراض العلم بالقانون بقرينة نشره يمكن أن تسدد إلى افتراض العلم « بالتزام العلم بالقانون بقرينة توافر الأهلية » .

٨٣٣ — والقول بأن النظرية تستبعد المجاز من أحكام القصد الجنائى يبدو بدوره ناشزاً على معالم النظرية ، خارجاً عن مدلولاتها . ذلك أن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يفرض على الأفراد أعمالا إيجابية من قبيل الاستفسار عن حكم القانون فى أفعالهم ، فإذا ثبت أنهم لم يبذلوا فى سبيل ذلك ما تسمح به إمكانياتهم كانوا مخلين بالتزامهم بالعلم بالقاعدة القانونية وبالتالى خارجين عليها ومستحقين لجزائها ضرورة التسوية التى تقول بها تلك النظرية بين الإخلال بهذا الالتزام والإخلال بالتزام الخضوع للقاعدة القانونية . ومؤدى هذا هو « اعتبار » الجانى ، فى حالة الإخلال بالتزامه بالعلم بالقاعدة القانونية نتيجة تقصيره فى بذل الجهد الذى تسمح له به إمكانياته توصلا إلى هذا العلم ، عالماً بالقاعدة القانونية على الرغم من ثبوت جهله الفعلى بها ، وهكذا يكون حكم الإدانة فى هذه الحالة مبناه اعتبار العنصر الأساسى فى القصد الجنائى ، وهو العلم بالقاعدة الجنائية التى تجرم فعله ، قد توفر لديه . ولعل هذه النتيجة هى بذاتها التى انتهى إليها صاحب النظرية عند ما قال إنه « إذا اتجهت الإرادة إلى عدم بذل المجهود أى عدم القيام بالأعمال التى يفرضها الالتزام « بالعلم بالقاعدة القانونية » فقد اتجهت الإرادة إلى مخالفة القانون ، وبذلك يكون السلوك الذى ينسب إلى الخاضع للالتزام هو الامتناع العمدى »(١) . وهكذا فإن فكرة القصد الجنائى أصبحت تقوم فى جانب أساسى منها على « مجاز » ربما يكون بعيداً عن الحقيقة بعداً كبيراً ، وتكون نظرية «الالتزام بالعلم بالقانون » قد جردت أحد عناصر القصد الجنائى من كل قيمة جدية وأحالته إلى عنصر نظرى يذكر فى تعريفه دون أن يُتطالب فى تطبيقه ، ذلك أن اعتبار العلم بالقانون عنصراً أساسياً فى القصد الجنائى يستلزم توافر العلم فعلاً وواقعاً وليس فحسب مجازاً أو حكماً ، أما القول « باعتباره » متوافراً

(١) محمد زكى محمود ، المرجع السابق ص ٥٣٦ .

على الرغم من ثبوت انتفائه فإن هذا يعادل حذف العلم بالقانون من عناصر القصد الجنائى . ونحن لا ننكر أن هذه النظرية أتت بأمور لا ترد عليها الانتقادات التى توجه إلى افتراض العلم بالقانون حين يقيده أنصاره فيقولون باستبعاده عند استحالة العلم بالقانون وعند ما يكون الغلط فى القانون حتمياً غير مستند إلى خطأ ، ذلك أن هذه القيود تناقض طبيعة الافتراض إلى الحد الذى يجعل التسليم بها هادماً للافتراض ذاته كما سبق أن ذكرنا ، حالة أن القول بانتفاء القصد الجنائى فى الحالتين المذكورتين لا يتناقض مع الالتزام بالعلم بالقانون لأن فكرة الالتزام ذاتها تتطلب التقييد حتى لا يكون التكليف به تكليفاً بما لا يطاق . بيد أننا لا نستصوب تخطئة نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » التفرقة بين الجهل بقانون العقوبات والجهل بالقوانين الأخرى . وفى نفس الوقت فإننا لا نذهب معها فى القول بأن العلم بالتجريم هو عنصر من عناصر القصد الجنائى(١) ، ذلك أن « التشريع » ليس المصدر الرسمى للقواعد الجنائية التى تستمد منه قوتها الملزمة فحسب ، وإنما هو أيضاً الوعاء الذى يحتويها والذى تستقى منه مضمونها (٢) . لهذا كان من العسير القول إن

(١) ذهب بعض الفقهاء فى مصر وفرنسا إلى اعتبار النص على الجريمة ركنا فيها يسمى بالركن الشرعى ومن هؤلاء السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٧٨ — محمود إبراهيم اسماعيل ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٩ ص ١٣٤ — على بدوى ، الأحكام العامة فى القانون الجنائى ١٩٣٨ ص ٣٩ . وفى فرنسا **Stefani et Levasseur, Droit pénal général, 1970, p. 97.**

(٢) **Delogu, la Culpabilité, Alexandrie, 1949—1950, No. 125—Decocq, La structure de la qualification légale, Le Caire, 1969 p. 6.** محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٣٦ — رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ١٩٦٨ ص ٤٥٠ .

هذا ويسلم الدكتور محمود نجيب حسنى بوجود الركن الشرعى للجريمة تحت مفهوم آخر هو الصفة غير المشروعة أو التكييف القانونى للفعل بالنظر إلى نصوص قانون العقوبات . ونحن لا نقر هذا النظر لأن الصفة غير المشروعة للفعل إنما تتحدد على ضوء أنموذج الجريمة كما ورد فى نص قانون العقوبات ، فهى العلاقة بين الفعل المرتكب والوصف القانونى وبالتالى فهى تكشف عن وقوع الجريمة دون أن تعتبر جزءاً فيها . والحق إن الجريمة تتكون من ركنين فحسب أحدهما مادى والآخر معنوى ، ويتمثل الركن المادى فى النشاط الذى يرتكبه الجانى أما الركن المعنوى فيتمثل فى إرادته الخاطئة فى مباشرة النشاط الإجرامى ، والركن الأول له مظهر خارجى أما الثانى فمعنوى بحت لأنه مستتر فى نفسية الجانى . وفضلا عن هذين الركنين فإن القانون يشترط فى بعض الجرائم توافر شرط إضافى يسمى بالشرط المفترض **Condition**

القانون الجنائى بقواعده المختلفة وبعد صدوره من السلطة التشريعية يمكن أن يُعتبر فى نفس الوقت ركناً فى الجريمة أو عنصراً فيها لأن مصدر الشيء أو

= préalable وهو حالة واقعية أو قانونية يحميها القانون ويفترض توافرها قبل وقوع الجريمة — Decocq, p. 28 ets . مثال ذلك تسليم مال منقول للغير بناء على أحد عقود الأمانة كشرط وقوع جريمة خيانة الأمانة (م ٣٤١) وقيام الحجز كشرط لوقوع جريمة اختلاس أو تبديد المحجوزات (م ٣٢٣ و ٣٤٢) وتوافر صفة الموظف العام فيمن يرتكب جريمة الرشوة (المواد ١٠٣ وما بعدها) . وإثبات توافر الشرط يخضع للوسائل المقررة فى القانون الذى ينتمى إليه بخلاف الركن فإن إثباته يخضع للقواعد العامة فى الإثبات الجنائى ، فى جريمة خيانة الأمانة مثلا يعتبر تسليم المال بناء على أحد عقود الأمانة شرطا مفترضا فى الجريمة ومن ثم يخضع إثباته للقانون المدنى . ويتحدد مكان وقوع الجريمة بالركن لا بالشرط ، فتقع جريمة خيانة الأمانة فى المكان الذى تتم فيه خيانة الأمانة (الركن المادى) ولا يلتفت إلى مكان تسليم المال موضوع الجريمة (الشرط المفترض) . ولما كان الشرط المفترض لا يعتبر جزءاً فى الجريمة فإن توافره لا يتحقق به البدء فى التنفيذ الذى يقوم به الشروع . ونسترعى النظر إلى أنه يتعين حتى يكون الشرط المفترض عنصراً فى الهيكل القانونى للجريمة أن يكون القانون قد أوجب توافره إما لوجود الجريمة وإما لاعتبارها من نوع معين : جناية أو جنحة ، كصفة الطبيب فى جناية الإجهاض وصفة الموظف العام فى جناية الاختلاس . ونشير بهذه المناسبة إلى أن طبيعة جريمة الاختلاس تأبى الاكتفاء بصفة الموظف العام وإنما يتعين أن يكون مختصاً على نحو ما بحيازة مال لحساب الدولة — انظر محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ١٩٧٢ ص ١٢٢ . وتعريف الموظف العام واسع جداً وفى ذلك تقول محكمة النقض إن الشارع وأطلق حكم النص ليشمل كل موظف أو مستخدم عمومى يختلس مالا مما تحت يده متى كان المال المختلس مسلما إليه بسبب وظيفته — نقض ٥ يونيه ١٩٥٦ س ٧ ص ٨٥٣ . فالنص يشير إلى « جميع فئات موظفى الحكومة لا فرق بين الدائمين منهم وغير الدائمين ولا بين ذوى الحق فى المعاش ومن لاحق لهم فيه — نقض ١٥ إبريل ١٩٥٧ و٢٨ أكتوبر ١٩٥٧ س ٨ ص ٣٩٩ و ٨٢٥ . فالكناس أو الجنايني أو العسكرى الذى يعمل فى الدولة وصول بلوكات النظام وطواف البريد والعامل فى المصانع الحربية كل أولئك يصلحون لارتكاب جناية الاختلاس — نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٤٩ س ١ ص ٩٣ ونقض ١٢ مارس ١٩٦١ س ١٢ ص ٢١٥ ونقض ٩ مارس ١٩٥٩ س ١٠ ص ٥٦ . ويزداد اتساع مدلول الموظف العام بإضافة أفراد الفئات الذين نصت عليهم المادة ١١١ عقوبات وأكثر هذه الفئات اتساعاً هما فئتا المكلفين بخدمة عامة والعاملين فى هيئات القطاع العام ، فقد اعتبرت محكمة النقض جنود الجيش مكلفين بخدمة عامة هى الخدمة العسكرية — ٢٢ إبريل ١٩٦٣ س ١٤ ص ٣٢٩ . واعتبرت الخفير فى شركة تابعة للقطاع العام خاضعاً لنص الاختلاس — نقض ١٠ يونيه ١٩٦٨ س ١٩ ص ٦٧٩ .

أما فكرة الموظف العام فى جرائم التزوير فى المحررات فلها دلالة خاصة مستمدة من الصلة بينها وبين فكرة المحرر الرسمى ومن علة تشديد عقاب التزوير الذى يرتكبه موظف =

منبعه لا يتصور عقلا أن يكون ركناً فى الشيء الذى صدر عنه أو نبع منه ، كما أنه من غير المنطقى أن يعتبر خالق الشيء أو صانعه ومبدعه عنصراً فيما خلق أو صنع أو أبدع لأن المصدر la Source والعنصر l'élément لفظان لا يمكن منطقياً أن يجتمعا فى موضوع واحد فى وقت واحد . ويترتب على ذلك أن علم الجانى بالتشريع الجنائى غير لازم للقول بتوافر قصده الجنائى لأن العلم الذى يمثل العنصر الأساسى فى القصد هو العلم بالأحداث والوقائع التى تتمثل فيها العناصر التى يتركب منها الكيان الموضوعى للجريمة ، أما العلم بالقانون الجنائى أو بعدم المشروعية الجنائية للسلوك فى مجموعه فهو أمر لا شأن له بالقصد الجنائى ولا تأثير له عليه ، وبالتالى فإن الجهل بهذا القانون أو الغلط فيه والاعتقاد اعتقاداً زائفاً بمشروعية السلوك ، أمر لا ينفى القصد الجنائى ولا تأثير له ، تبعاً ، على المسئولية الجنائية . وبهذا يبدو جلياً أننا نتفادى اعتبارين يتعذر التوفيق بينهما : اعتبار العلم بالقانون الجنائى عنصراً من عناصر القصد الجنائى ومايقتضيه من ضرورة علم الجانى به علماً فعلياً وصحيحاً ، والحرص على صالح الجماعة وما يتطلبه من وجوب إغفال العلم بالقانون الجنائى حتى يمكن تطبيقه على الجميع دون استثناء . وإذا وصلنا إلى هذا لم يعد

= عام . ويلزم من نسبية هذه الفكرة أنها ليست بالضرورة للفكرة الإدارية للموظف العام بل أنها ليست فكرته فى جرائم الوظيفة العامة كالرشوة والاختلاس ، وبصفة خاصة فإن ما ورد فى المادتين ١١١ و ١١٩ مكرراً من قانون العقوبات من إسهام فى تحديد مدلول الموظف العام ومن تشبيه لبعض الفئات بالموظفين لا ينعكس بالضرورة على دلالة الموظف العام فى التزوير فى المحررات إذ هو فى هذه الجرائم كل شخص عهد إليه القانون بطريق مباشر أو غير مباشر وعلى وجه دائم أو عارض بإثبات كل أو بعض البيانات التى يتضمنها محرر رسمى أياً كان ، وهذا التعريف يستمد من الصلة المنطقية بين فكرة المحرر الرسمى وفكرة الموظف العام — محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٢٨٣ . والمرجع فى النهاية إلى تفويض القانون سلطة إدارية أن تعهد إلى شخص تدوين المحرر الرسمى ، بل إن القضاء استقر على أنه يستوى أن يكون الاختصاص « قانونا أو مرسوماً أو لائحة أو تعليمات أو بناء على أمر رئيس مختص أو طبقا لمقتضيات العمل » — نقض ٢٠ إبريل ١٩٥٩ س ١٠ ص ٤٤٦ و١٦ مايو و٢٧ يونيه ١٩٦٠ س ١١ ص ٤٥٧ و ٦١٥ و ٣ إبريل ١٩٦١ س ١٢ ص ٤١٩ و ٦ مايو ١٩٦٨ س ١٩ ص ٥٣٦ و ٣ فبراير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٢١٢ . ويلاحظ أن عبارة « طبقاً لمقتضيات العمل » تفسح المجال لحالة جريان العرف الإدارى على تولى شخص تحرير نوع من المحررات أو إثبات بيان أو أكثر فيه إذ يعد هذا الشخص بناء على ذلك العرف موظفاً عاماً .

باقياً غير تحديد المجال الصحيح الذى يُبحث فيه أثر علم الجانى بالقانون الجنائى ، أو بعدم مشروعية سلوكه فى مجموعه ، على مسئوليته الجنائية تمهيداً لمعرفة أثر جهل الجانى بهذا القانون أو غلطه فيه على تلك المسئولية .

٨٣٤ – مر بنا أن القاعدة الجنائية هى الخلية الأساسية التى تتكون من مجموعها بنية التشريع الجنائى ، وهى فى ذاتها خطاب موجه إلى الأفراد فى صيغة عامة لها قوة الإلزام تفرض على المرسل إليهم وتلزمهم قانوناً أن يضبطوا تصرفاتهم وفقاً لمقتضياتها . وتتحلل القاعدة القانونية إلى عنصرين : عنصر العلم **Science** وعنصر الصياغة **téchnique** . والعنصر الأول هو الحقائق الواقعية التى تساهم فى تكوين المادة الأولية التى يتكون منها جوهر القاعدة . هذه الحقائق لا تعدو أن تكون مجرد توجيهات أو نصائح غير قابلة للتطبيق على المخاطبين بها ، ومن هنا كان من المتعين تدخّل عنصر الصياغة أو التشكيل ليجعل منها قاعدة قانونية – لها قوتها الملزمة – صالحة للتطبيق **applicable** على المخاطبين بها **destinataires** أى تجعلهم ملتزمين بمضمونها وأحكامها التزاماً قانونياً أصلياً . هذه الصياغة تتمثل فى التشريع **législation** وهو المصدر الرسمى للقاعدة القانونية والوحيد بالنسبة للقاعدة الجنائية بالذات . هذا التشريع يمر بمراحل تولّى الدستور إيضاحها ، فالإصدار مرحلة يخرج بها التشريع إلى الوجود فى صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على إلزامه ، وهو وإن كان عملا يثبت به وجود القاعدة القانونية مستوفية لإجراءاتها الدستورية ، إلا أنه لا يكفى لاعتبار التشريع مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، بمعنى أن الإصدار لم يعتبر بذاته واقعة قانونية منشئة لالتزام الأفراد بتلك القاعدة ولسريانها عليهم ، ذلك أنه لما كانت القاعدة القانونية خطاباً موجهاً من الشارع إلى المخاطبين بها(١) يفرض عليهم بموجبه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويرتب جزاء على من يخالف منهم هذا الالتزام ، كان من المتعين من جهة « العدالة المطلقة » أن يتصل هذا الخطاب ومضمونه اتصالا مباشراً وفعلياً « بعلم » هؤلاء الأفراد بطريقة ما حتى يستطيع كل منهم أن يدرك ما له

(١) راجع فى تفصيل المخاطبين بالقاعدة القانونية ، رمسيس بهنام ، المرجع السابق. ص ١٦٩ وما بعدها.

وما عليه فيضبط تصرفاته وفق مضمون القاعدة القانونية وإلا بقيت فى حيزها الطبيعى كواقعة مادية أو كنصيحة لا صلة لها بالنظام القانونى . « العلم الفعلى » بالتشريع الذى تضمّن القاعدة القانونية يمثل إذن الشرط النهائى الذى تمليه العدالة المطلقة « لنفاذه » ، بمعنى أنه الشرط النهائى اللازم تحققه حتى تكتسب القواعد القانونية قوتها الملزمة بالنسبة للمخاطبين بها . ويترتب على ذلك ، نظرياً ، أن المنطق السليم والعدالة المطلقة تستوجب بدورها القول إن ثبوت جهل الأفراد بالتشريع أو غلطهم فى القواعد القانونية إنما هو جهل أو غلط ينبغى أن تقتصر آثاره على عدم التزام من وقع فى ذلك الجهل أو الغلط بأحكام تلك القواعد ، أى عدم تطبيقها أو سريانها عليهم ، وهو أمر منبتّ الصلة بالقصد الجنائى الذى تتميز به الصورة العمدية للركن المعنوى للمسئولية الجنائية ، فما هو التبرير السليم إذن لبقاء مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون معمولا به ؟ إن خير تبرير – فى رأينا – يكمن فى الفكرة التى قال بها الدكتور محمد زكى محمود(١) وهى فكرة « الإشهار القانونى» أو « العلانية الحكمية » مع تحفظات لنا على هذه الفكرة سنوردها بعد قليل . فقد تضمنت الدساتير كافة النص على أن هذا الإشهار أو العلانية القانونية **publicité de droit** أضحى يمثل شرط سريان أو تطبيق أو نفاذ التشريعات التى تتضمن مختلف أنواع القواعد القانونية ومنها القواعد الجنائية ، ونصت على الوسيلة التى تتحقق بها تلك العلانية الحكمية أو ذلك الإشهار القانونى . ولكن قبل أن نسترسل إلى دراسة وسيلة تحقق الإشهار بحسبانه شرطاً لسريان القاعدة القانونية ومناط التزام المخاطبين كافة بها ، يحسن أن نعرض لمفهوم العلانية الحكمية الصحيح ابتغاء الوقوف على الفرق بين « العلم الفعلى » الذى يتحقق عن طريق العلانية الفعلية ، ومعنى العلانية القانونية التى وسيلتها النشر .

٨٣٥ – يفيد لفظ « العلانية » لغوياً مفهوم الإظهار والانتشار والذيوع والإشهار(٢) . والعلانية الفعلية أو الحقيقية **publicité de fait ou réelle** هى إبلاغ معنى أو أمر إلى علم الجمهور بالفعل بغض النظر عن الطريقة التى يتم

(١) راجع محمد زكى محمود ، المرجع السابق ص ٥٧١ .

(٢) راجع محمد محيى الدين عوض ، العلانية فى قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ص ٦٤ .

بها ذلك[١] . أما العلانية الحكمية أو القانونية[٢] فإن المشرع يلجأ إليها حين يُقدّر أن اتصال أمر أو واقعة بعلم الجمهور اتصالا فعلياً حقيقياً هو أمر مستحيل الوقوع ، فى نفس الوقت الذى يشعر فيه بأن ذلك الأمر أو الواقعة يجب أن يخرج من نطاق السرية ، أى يجب أن يظهر وينشر ويُشهر ؛ لا شك أن المشرع هنا لابد وأن يكون قد استبعد فكرة اتصال الواقعة بعلم الجمهور اتصالا فعلياً كشرط للعلانية وذلك لاستحالة تحققه ، ولما كان افتراض توافر « العلم الفعلى » لدى الأفراد هو افتراض ينأى عن الواقع فقد استبدل المشرع بفكرة الافتراض فكرة « مظنة وصول العلم أو الواقعة إلى علم الجمهور » بناء على استيفاء إجراءات أو شكليات معينة[٣] يتحقق بها الإشهار وتتوافر العلانية ، إشهار أو علانية مفترضة — من ناحية التطبيق

(١) محمد عبد الله محمد ، جرائم النشر ، المرجع السابق ص ١٩٣ .

(٢) العلانية الحكمية هى علانية مفروضة ، يفترض القانون تحققها بتحقق قرينة ينص عليها كقول المادة ١٧١ عقوبات مصرى « يعتبر القول أو الصياح علنيا . . أو إذا حصل الجهر به أو ترديده بحيث يستطيع سماعه من كان فى الطريق أو المكان أو إذا أذيع بطريق اللاسلكى » . ولم يضع المشرع المصرى فى قانون العقوبات للعلانية قواعد عامة تنطبق على كل الجرائم التى تكون فيها العلانية ركناً أو شرطاً أو ظرفاً ، بل آثر كما فعل القانون الفرنسى أن يكون مطلق العلانية أو مضمونها مسايراً للغرض الذى يتوخاه أو المصلحة التى يريدها من النص على تجريم كل فعل من هذا القبيل . فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١٥٦ و ١٥٧ و١٥٨ اكتفى القانون المصرى بالعلانية الفعلية حين نص على عقاب كل من لبس علانية كسوة رسمية ليست له أو حمل علانية علامة مميزة لعمل أو وظيفة بغير حق أو تقلد علانية نشانا . . كما اكتفى بها فى جريمة الفعل الفاضح حين نص فى المادة ٢٧٨ على عقاب كل من فعل علانية فعلا فاضحاً مخلا بالحياء . ومعنى العلانية يختلف فى هذه الجريمة الأخيرة عنه فى الجرائم السابقة ولا يطابق معنى العلانية فى حكم المادة ١٧١ — انظر فى تفصيل ذلك ، محمد عبد الله ، المرجع السابق ص ١٩٣ والهامش وص ٢٥٠ وما بعدها . والعلانية هى اصطلاح قانونى يستقل قاضى الموضوع بتحصيل عناصره الموضوعية من وقائع الدعوى وظروفها ، لكن يخضع فى فهمه لمعنى العلانية قانوناً لرقابة محكمة النقض . وإذا كانت الأسباب الموضوعية التى ذكرها قاضى الموضوع لنفى توفر العلانية لا تصلح لذلك قانوناً دل هذا إما على خطئه فى فهم معنى العلانية قانوناً وإما على قصور حكمه عن الإحاطة بكل العناصر اللازمة لبنائه — انظر من تطبيقات محكمة النقض فى هذا الشأن ، نقض جنائى مجموعة القواعد جـ ٦ ع ٣٢٤ — وراجع أيضاً نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٠ جـ ٥ ع ١٦١ و٢٨ إبريل ١٩٤٧ جـ ٧ ع ٣٥٣ .

(٣) محمد زكى محمود ، المرجع السابق ص ٥٧٥ .

والإثبات — افتراضاً لا يقبل إثبات العكس[١] . وبهذا أضحت مهمة القاضى مقصورة على مجرد التثبت من تحقق الشكليات والأوضاع القانونية التى تمثل عناصرَ الإشهار والعلانية التى نص عليها المشرع ، فإذا ما تيقن من ذلك كانت العلانية قائمة بمعنى أنه يمتنع عليه بحث ما إذا كانت الواقعة قد اتصلت بعلم الكافة اتصالا واقعياً أو فعلياً ، ذلك أن المشرع نفسه سبق له استبعاد « العلم الفعلى » كشرط للعلانية : من هذا يتبين أنه لم يعد من الجائز بعد هذا القول إن استيفاء الشكليات التى نص عليها المشرع لتوافر العلانية الحكمية ، يُعد قرينة على توافر علم الأفراد بالواقعة المعلنة أو أن علمهم أصبح مفترضاً افتراضاً قانونياً لا يقبل إثبات العكس أو أنهم أصبحوا ملزمين قانوناً بالعلم بها ، ذلك أن توافر الأوضاع أو الشكليات أمر اعتبره المشرع قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على « عدم سرية » الواقعة فحسب أى على توافر إشهارها وعلانيتها ، وليس قرينة على توافر العلم بها[٢] .

٨٣٦ — فإذا انتقلنا بفكرة « العلانية الحكمية » إلى مجال التشريع بحسبانه المصدر الرسمى للقواعد القانونية بصفة عامة ، وجدنا أن الدولة إزاء استحالة علم الكافة بالتشريع الذى تم إصداره علماً فعلياً — استبدلت بالعلانية الفعلية العلانية الحكمية فحددت فى قانونها الأساسى الأوضاع والشكليات التى ينهض توافرها قرينة قانونية قاطعة على إتمام إشهار القانون وصيرورته بالتالى نافذاً فى مواجهة الكافة منشئاً لالتزامهم الأصلى بضبط تصرفاتهم وفقاً لأحكام القانون التى تضمنها ، هذه الأوضاع وهذه الشكليات تتمثل فى إجراء « النشر » فى الجريدة الرسمية للدولة ، وهو إجراء لا يغنى عنه أى إجراء آخر من إجراءات العلانية ولا أية شكلية أو وسيلة أخرى من وسائل الإشهار » وقد جرت العادة على أن ينص على سريان القانون بعد فترة من الوقت تبدأ من تاريخ « النشر » تحقيقاً لفكرة « مظنة العلم[٣] » ؛

(١) محيى الدين عوض ، العلانية فى قانون العقوبات ص ٤٣٦ .

(٢) وإذا كان ثمة التزام بالعلم فهو التزام تمليه وتفرضه على الشخص مصلحته الذاتية فحسب فإن رأى أن يعلم فالأمر متاح لأن السرية قد رفعت . ومثال ذلك فى القانون المدنى شهر الحقوق العينية التى ترد على العقار .

(٢) مر بنا قضاء النقض بعدم جواز إعمال قانون الإجراءات الجنائية الصادر فى ٣ =

٨٣٧ — وهنا يثور التساؤل عن المقصود بالنشر وما إذا كان مجرد طبع القانون فى الجريدة الرسمية مع بقاء نفس الجريدة داخل المطبعة يتحقق به النشر أو لا بد لتحققه من خطوة لاحقة على مجرد الطبع هى خطوة التوزيع الفعلى : حسمت محكمة النقض المصرية هذا الأمر حين قررت أن « العبرة فى النشر ليس بتاريخ طبع الجريدة الرسمية إنما هو بتاريخ توزيعها . . وأن تاريخ التوزيع يتحدد بمجرد خروج الجريدة الرسمية من المطبعة للتوزيع(١) » ومفاد هذا الحكم أن تاريخ نفاذ القواعد القانونية على المخاطبين بها وسريانها عليهم هو التاريخ الذى يتم فيه خروج الجريدة الرسمية من المطبعة لتوزيعها دون أن يكون معلقاً على التوزيع الفعلى للجريدة الرسمية . بيد أننا نرى — من ناحية أخرى ، أنه لكى يقال إن « النشر » قد تحقق ، لا بد أن يكون القانون قد طُبع فى عدد كاف من الجريدة الرسمية بغية توزيعه على الناس دون تمييز ، أما إذا ثبت أن القانون لم يطبع إلا فى عدد محدود جداً منها (٢) ليودع فى جهات معينة ومحصورة ، فإنه لا يمكن القول إن النشر قد تحقق وبالتالى لم تتوافر « العلانية الحكمية » للقانون . وبعبارة أخرى فإن طبع القانون فى عدد كاف من الجريدة الرسمية هو شرط جوهرى لتحقق « العلانية الحكمية » ، تلك العلانية التى لا بد منها لسريان القانون على المخاطبين به وإلا كانوا فى حل من الخروج على أحكامه .

٨٣٨ — يخلص لنا مما تقدم أنه لم يعد مقبولا من أحد — وفق هذه النظرية — أن يعتذر بجهل القواعد القانونية العقابية وغير العقابية أو الغلط فيها لأن علمه بالقواعد الأولى لم يعد يشكل عنصراً من عناصر القصد الجنائى ،

= سبتمبر ١٩٥٠ قبل مضى ثلاثين يوماً على نشره فى ١٥ أكتوبر ١٩٥١ لأنه « مهما قيل من تحكم السلطة التنفيذية فى تعطيل النشر فإن المحاكم لا تستطيع أن تطبق قانوناً لم ينشر ما دام الدستور يقضى بأن الإصدار إنما يستفاد من النشر » — نقض ٢٠ مارس ١٩٥١ س ٢ ص ٧٩٥ .

(١) نقض ٢٤ يونيه ١٩٥٨ س ٩ ص ٦٣٩ .

(٢) بعض القوانين كانت تطبع إلى سنوات قريبة فى عدد من الجريدة الرسمية لا يكاد يتجاوز أصابع اليدين وتودع جهات معينة محددة سلفاً على سبيل الحصر ، وفوق هذا فإنها لم تطبع فى النشرة التشريعية التى تصدرها وزارة العدل ، ومن ثم لم يتسن القضاة أنفسهم العلم بها . وهذه الظاهرة قد تلاشت على أية حال فى الوقت الحاضر ونرجو ألا تعود .

ولأن القانون الأساسى للدولة — بالنسبة لنوعى القواعد كليهما — لم يعلق نفاذ القوانين أو تطبيقها على العلم بها بل ناطه فحسب « بعلانيتها » التى تعتبر متوافرة بمجرد استيفاء شكلية النشر فى الجريدة الرسمية بالشروط السابقة . وعدم قبول الاعتذار بالجهل أو الغلط(١) فى القواعد الجنائية لا يقتصر على ما تضمنه قانون العقوبات منها وإنما يمتد إلى تلك التى تشتمل عليها كل القوانين المكملة له أياً كان نوع الجريمة وأياً كان مكان ارتكابها : فسواء أكانت الجريمة جناية أم جنحة أم مخالفة وسواء ارتكبت داخل البلاد أم خارجها فإنه لا يقبل من مرتكبها — وطنياً كان أو أجنبياً — (٢) الاعتذار بجهلها .

٨٣٩ — وإذا كان القصد الجنائى لا ينفيه الغلط أو الجهل بالقانون الذى استبعدنا العلم بقواعده من عناصر القصد الجنائى ، وبعد أن خلصنا إلى أن نفاذ القوانين وتطبيقها ليس معلقاً على العلم بها وإنما هو منوط فحسب بعلانيتها ، فكيف يمكننا التوفيق بين وجود مبـدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون العقابى » كنتيجة لتطبيقه تطبيقاً صارماً تعويلا على تأسيسه على فكرة « العلانية الحكمية » وبين مبدأ لزوم « الإثم الحقيقى غير المفترض » كأساس فعلى للمسئولية العقابية ولاسيما بالنسبة للجرائم التى لا تمس القيم الخلقية العامة السائدة فى كل زمان ومكان بل تتفاوت بالضرورة من دولة إلى أخرى ومن وقت إلى آخر تبعاً لتفاوت البيئة والأحوال الاقتصادية والاجتماعية وعوامل الوراثة ومتطلبات

(١) وفى هذا يقول أوبرى ورو إن الغلط والجهل مترادفان على الرغم من أن علم النفس يفرق بينهما فى الطبيعة أو الدرجة . « Il est habituellement admis, dans la théorie générale des sources du droit, que l'erreur et l'ignorance sont des termes synonymes. Là où la psychologie conduit à discerner une différence, de nature ou de degré, le droit assimile la situation de celui qui ignorait l'existence d'une régle de droit et celle de celui qui, Sachant qu'une règle est applicable, n'en connait pas bien le contenu est croit vrai ce qui est faux ou faux ce qui est vrai » — Aubry et Rau, Cours de droit civil, 7e éd-par Esmein et Ponsard, t. 1, no. 28, p.145 ets.

(٢) ما دام قد ارتكب جريمته داخل الإقليم المصرى طبقاً للمادة (١) من قانون العقوبات أو ارتكبها فى الخارج حيث يخضع استثناء للقانون الوطنى طبقاً للمادتين (٢ ، ٣) . ونسترعى النظر إلى أن ما أوردناه بالمتن هو الرأى الذى انتهى إليه صاحب النظرية وهو — كقاعدة عامة — نتيجة منطقية لفكرة العلانية الحكمية وفيها يلى رأينا فيها وتحفظاتنا عليها .

الحاجة وغير ذلك من الملابسات والظروف ؟ . لا مراء أن المبدأ موضوع دراستنا يبدو مجحفاً ولاسيما عند تطبيقه على هذه الطائفة من الجرائم المصطنعة على حد تعبير القاضي الإيطالي جاروفالو . ولعل القيمة العملية للتفرقة بين « الجرائم الطبيعية » و « الجرائم المصطنعة » تبرز في مجال المبدأ المذكور أكثر مما تبرز في أي مجال آخر . فإذا صح من ناحية توافر الإثم ، أن الإنسان المدرك العادي بمقدوره أن يقدر مقدماً أن التشريع العقابي يؤثم القتل أو الضرب أو هتك العرض أو الإتلاف أو الحريق العمد أو القذف أو خيانة الأمانة أو النصب أو السرقة أو الغش ، فإن من التجني على الواقع أن نفترض أنه يقدر مقدماً أن التشريع نفسه يجرم حالات معينة خاصة بالتعامل بالنقد الأجنبي أو بحيازة سلعة معينة أو بممارسة نشاط معين ، ولا سيا بالنسبة للأجنبي عن البلاد الذي يدخلها لأول مرة ، أو بالنسبة للتشريع الذي صدر حديثاً . ومن التجني على الواقع أيضاً أن نفترض علم الإنسان الأمي المتهم في دعوى جنائية بتعديل جزئية صغيرة من جزئيات أي تشريع عقابي(1) تعديلا قد يغيب أحياناً عن فطنة قاضيها ومحاميها معاً ، ناهيك افتراض العلم بكل ما ينظم حياة الناس من قوانين ولوائح وقرارات وزارية تحدد لجمهور المواطنين ماذا يفعلون وماذا لا يفعلون ، وما هو المباح من الغير مباح ، وهي قوانين ولوائح وقرارات توالت عليها التعديلات في سرعة لاهثة يعجز عن ملاحقتها

(1) رأينا أن فكرة « العلانية الحكمية » التي اشترتها لإقامة المبدأ موضوع دراستنا عليها لا تلجأ إلى القول بافتراض العلم بالقانون لعدم حاجتها إليه على ما أسلفنا ، ولو أن محكمة النقض المصرية اعتنقت تلك الفكرة بدورها لما اضطرت إلى الالتجاء لنظرية افتراض العلم بالقانون بقرينة قانونية قاطعة هي قرينة النشر لأن القرائن القانونية إنما تقوم على حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف في العمل بشأنه ، وليس الغالب في العمل أو المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها . بيد أننا لا ننكر أن فكرة « العلانية الحكمية » مع ذلك ، شأنها شأن نظريتي افتراض العلم والالتزام بالعلم بالقانون ، تتناكر مع لزوم « الإثم الحقيقي » وتمس العدالة مساساً مباشراً ما دامت العدالة الحقة لا تقوم إلا على الأمر المستطاع وحده ولا سيما بعد أن تزايدت التشريعات وتعقدت وبعدت الشقة بها عن القانون الطبيعي أو الخلق الذي قد تهدى إليه الفطرة السليمة وحدها .

رجال القانون أنفسهم (1) : وبعضها ألغي بأكمله وحل محله قانون آخر لم يلبث أن ألغي ليحل محله قانون جديد ، وهكذا .

٨٤٠ – إننا نتفق بداءة مع الأستاذ فرانسوا تيريه(2) في أن كل مبررات المبدأ « لا يفترض في أحد الجهل بالقانون » التي كانت مرتبطة به قديماً لم تعد مقنعة الآن ، وإننا لنتساءل معه عما إذا كان قد آن الأوان لإلغائه بعد أن أضحى عبؤه ثقيلا وبعد أن أخذ يعاني أزمة شديدة : « C'est à la lumière de ces observations qu'il est de nouveau permis de se demander si l'adage vénérable que nous commentons ne traverse pas, dans le droit actuel, une crise profonde » كما أننا نتفق مع العميد كاربونييه(3) في أن المبدأ يحوي من الأشياء غير المنطقية ومن السخف ما يغني عن أية إضافة « Il ya déja assez d'absurdite à cèla sans que l'on en rajoute ».

ولكن هل ثمة بديل لهذا المبدأ ؟ وإذا لم يكن هناك بديل فكيف السبيل إلى التخفيف من حدة تطبيقه ؟

٨٤١ – نسارع إلى القول إن هذا المبدأ لازم للحفاظ على كيان التشريع

(1) ثمة قرارات صدرت قريباً ربما للمرة العاشرة خلال سنوات قليلة ، تغير في إجراءات الرسوم الجمركية ، والاستيراد من الخارج ، وما هو الممنوع ، وكم يدفع الناس ضريبة على السيارة وغير السيارة . وكثرة تغيير القوانين والقرارات حول الموضوع الواحد يخل إخلالا خطيراً بما ينبغي أن تقترن به في أذهان الناس من معاني الاستقرار والثبات ، والاحترام من الدولة ذاتها ، ويسلب القوانين جزءاً أساسياً من قيمتها المعنوية ولا يبقى لها إلا قوتها التنفيذية ، وحتى هذه القوة التنفيذية تهتز بدورها مع هذه الكثرة من التغيير والتبديل . إن القانون لا يمكن أن يواجه الحالات والجزئيات والتفاصيل كافة ، وأي قانون يستحيل أن يصل في التفصيل والتخصيص إلى محاولة سد كل ثغرة وتعقب كل احتمال استثنائي لأن هذا يعقد القانون ويربكه وكل قانون قد يفلت منه استثناء . ولكننا نفعل غير ذلك ، تلمح هذا مثلا في قوانين إيجارات المساكن من محاولة مواجهة كل احتمال مخالفة فردية بتعديل جديد فنجد أجهزة الدولة مشغولة بتعديل القانون تعديلا إثر تعديل إلى أن تجد نفسها مضطرة إلى إلغائه وإحلال آخر محله لا ينجو بدوره من التعديلات ، وهكذا .

(2) François Terré : Le rôle actuel de la maxime« nul n'est censé ignorer la loi, Etudes de droit contemporain, nouvelle série, contributions françaises. Edition cujas-1966. p. 91—123.

(3) Carbonnier : Droit civil, I, n. 25.

بعامة وأحكام التشريع العقابي بوجه خاص ، ومن ثم كان الاعتراف به في جميع الشرائع إما بنصوص صريحة وإما كأصل عام من أصول التشريع لا يحتاج إلى نص يقرره(١) ، ونحن نسلم بضرورة الإبقاء عليه كأصل عام من أصول التشريع الوضعي يتعذر تبريره إلا برغبة تحقيق استقرار أحكام التشريع مهما بدا « المبدأ » ظالماً في كثير من الأحايين ، سواء أقمنا بنيانه على أساس قرينة افتراض العلم بالقانون أو على أساس فكرة العلانية الحكمية التي اخترناها أساساً له(٢) ، ولا سيما إزاء فراغ أيدينا من بديل يقوم مقامه في كفالة احترام القوانين ويسدّ مسده في استقرارها . لم يبق أمامنا إذن إلا أن نحاول التخفيف من قبضته دون أن نهدمه من الأساس ، وهو ما حاولته الشرائع والنظريات المتعاقبة ابتداء بالقانون الروماني إلى وقتنا الحاضر حيث ناقشه المؤتمر الدولي للقانون الجنائي المقارن في عام ١٩٥٤ ولم ينته إلى قرارات محدّدة في هذا الخصوص(٣) . ونحن في هذا السبيل نقترح ما يلي :

٨٤٢ — من المعروف أن الأجنبي المقيم بإقليم الدولة يخضع لكافة الالتزامات والتكاليف التي تفرضها عليه الدولة بحسبانها لازمة لبقائها وسلامتها كوحدة اجتماعية ، فهو يلتزم بالخضوع لقوانين الدولة وسلطاتها القضائية والإدارية(٤) ، كما يلتزم بالخضوع لما تفرضه الدولة من ضرائب(٥) . ونحن نرى — في

---

(١) كما هو الحال مثلا في الشرائع الأنجلوسكسونية والأسبانية والبلجيكية .

(٢) قد يقال في المجال العقابي ، إن فكرة تحقيق الدفاع الاجتماعي ضد الجريمة بعيداً عن فكرة الإثم يصح أن يكون لها دورها في تبرير المبدأ ما دام يسوغ استبعاد العدالة كلية من وظيفة العقوبة : وهنا تظهر صورة واحدة من الأضرار المحتومة لمحاولة سلخ مبدأ العدالة من وظيفة العقوبة كقاعدة مطردة وذلك إذا تصورنا أن هناك أية مصلحة للمجتمع في تخطى مبادىء العدالة الطبيعية لسبب أو لآخر ، وهذا ما لا يمكن التسليم به كقاعدة صحيحة فلسفيا — راجع مقال الدكتور رءوف عبيد « في التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الثانية عشرة ص ٢٧٠ .

(٣) ذهب بعض أعضاء هذا المؤتمر إلى وجوب اعتبار الجهل بالقانون من الظروف المخففة للعقاب أو من موانع العقاب مع استبعادها من نطاق البحث في العمد أصلا .

(٤) راجع الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ١٩٧١ ص ٣٩٦ .

(٥) ذلك أن خضوع الفرد للضريبة لا يقوم على فكرة تبعية الشخص للدولة من —

المجال العقابي ، أن يعد مانعاً للعقاب ، جهلُ الأجنبي الذي قدم الجمهورية منذ فترة وجيزة(١) بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلده أو قوانين البلد الذي استقرت إقامته فيه . وفي سبيل التيسير على الأجانب في الوقوف على قوانين البلاد ينبغي أن تضطلع الدولة بطبع القوانين والقرارات المتعلقة بالنقد والاستيراد والجمارك والإخطار عن محل الإقامة ، ولا سيما ما يكون قريب العهد بالصدور منها ، وتسلمها في ورقة مطبوعة لكل زائر مع تأشيرة الدخول في سفاراتنا في الخارج حتى يعرف مقدماً ما ينتظره ولا يفاجأ على أرض المطار بما لم يتوقع(٢) . ونرى أن يسرى هذا الحكم أيضاً على الوطنيين الذين استطالت إقامتهم بعيداً عن أرض الوطن عند عودتهم إليه .

٨٤٣ — وبالنسبة للمواطنين يتعين أن يسمح لهم ، ضماناً لمعرفتهم بالقاعدة القانونية ، بأن يشاركوا بصورة واسعة في وضع التشريع ، فهذا يخفف بطريقة مباشرة من حالات عدم العلم بالقانون . هذا إلى جانب تحسين وسائل الإعلام

— الناحية السياسية بقدر ما يقوم على تبعيته لها من الناحية الاقتصادية ، ومن البديهي أن يخضع الأجنبي لكافة الضرائب غير المباشرة التي تفرضها الدولة في إقليمها ، كما يخضع لكافة الضرائب المباشرة التي تفرض على رعايا الدولة كضريبة كسب العمل والإيراد العام . وباستقراء تشريعات الضرائب في جمهورية مصر العربية يتضح لنا أن المشرع الضريبي استند في فرضه الضريبة إلى أسس ثلاثة : انتماء المكلف إلى جنسية الجمهورية ، والتوطن أو الإقامة المعتادة بإقليم الجمهورية ، وكون الجمهورية موقع المال أو مصدر الدخل .

(١) رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة الثالثة والخمسين من مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة كانت تحدد هذه المدة بثلاثة أيام على الأكثر أما قانون العقوبات العراقي فقد حددها بسبعة أيام .

ونسترعي النظر إلى أن هذا لا يعد خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الذي أقمناه على نظرية العلانية الحكمية ، فقد رأينا أن العادة جرت على أن ينص على سريان القانون بعد فترة من الوقت تبدأ من تاريخ النشر تحقيقاً لفكرة « مظنة العلم » — راجع ص ١٠٣٩ . والمدة التي تمنح للأجنبي الذي يقدم إلى الجمهورية حتى تنفذ القوانين في حقه تقابل المدة التي تمضي من تاريخ النشر حتى يبدأ نفاذ القوانين بالنسبة للوطنيين ، فهذه المدة وتلك لازمتان لسريان العلانية الحكمية في حق هؤلاء وأولئك .

(٢) وهذا ما فعلته فرنسا خلال أزمة الدولار فقد كانت ترفق بجواز السفر عند طلب تأشيرة الدخول ورقة مطبوعة فيها تفاصيل الإجراءات المالية الجديدة التي تطبقها خلال تلك الفترة والتي يتعين على من يدخل فرنسا مراعاتها .

عن القواعد القانونية وتطويرها عن صورتها التقليدية . ولا نرى ما يحول بين النشر بواسطة التلفزيون والإذاعة[1] لما هو معروف من أن الكلمة المسموعة أكثر انتشاراً أضعافاً مضاعفة من الكلمة المقروءة ولا سيما فى بلد ثلاثة أرباعه من الأميين . وإلى جانب هذا كله ليس ثم ما يمنع من نشر القوانين والقرارات العامة وبخاصة العقابية فى الصحف اليومية أو على الأقل الإلماح فى إيجاز إلى أحكامها وتاريخ نفاذها ، ذلك أن الجريدة الرسمية إذا كانت تتلاءم وطبيعة العصر الذى كانت تعتبر بمفردها فيه وسيلة « نشر » القوانين نظراً لقلة التشريعات وقلة عدد الأفراد ، فإن هذه الملاءمة تنعدم الآن كلية بعد أن تضاعف عدد السكان وتكاثر التشريع وتشابكت فروعه مع تطور الحياة ومشاكل العصر . وإنه لما يبعث على الرثاء حقاً أن يكون المدعى والقاضى والمدافع عن المتهم عالمين بالقانون وأحكامه بينما يجهله المتهم الذى يتحمل وحده فى النهاية وزر مخالفته . ولذلك ينبغى توعية الأفراد بالقوانين التى تمس مصالحهم عن طريق النقابات المهنية والحرفية والمراكز المختلفة للتوعية الاجتماعية ، فتتولى التنظيمات الريفية تبصرة الفلاحين بقوانين الزراعة ، والتنظيمات العمالية تبصرة العمال بقوانين العمل ، وكذلك الحال بالنسبة لباقى القطاعات كالتجار والموظفين بل والطلبة عن طريق تضمين برامج التعليم ابتداء من المرحلة الثانوية أهم القواعد القانونية بطريقة مبسطة مع التركيز على تلك التى تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض فى حياتهم اليومية وعلاقاتهم بأجهزة الدولة وبالمؤسسات العامة ، ولا سيما القواعد الجنائية التى تنهاهم عن إتيان الجرائم وتوضح لهم مفهومها ، إلى جانب لصقها بأقسام ومراكز الشرطة ودواوين العمد لمدد معقولة حتى يتمكن الجمهور من الاطلاع عليها . ولعل التنظيم السياسى يستطيع أن يقوم بدور هام وفعال فى تبصير المواطنين فى النجوع والقرى بوجه خاص بأحكام ما يصدر من قوانين ، كما يقع على مجلس الشعب قبل ذلك بداهة واجب دراسة التشريعات الجديدة قبل إصدارها دراسة وافية مستأنية لضمان صدورها

(١) ويتساءل الأستاذ فراسوا تيريه عن الوسيلة التى تضمن بها أن يكون لدى كل مواطن جهاز تليفزيون – انظر مقاله السابق . والملاحظ أن المواطنين الذين يحوزون أجهزة التليفزيون يزدادون يوما بعد يوم ، وبطبيعة الحال تبقى الجريدة الرسمية هى المعول عليها دون غيرها فى إجراء النشر فلا تغنى عنها أية وسيلة أخرى .

متكاملة وحتى لا يضطر إلى تعديلها فى فترات متقاربة . ويقع على عاتق الحكومة تجميع التشريعات التى تنظم موضوعاً واحداً فى تقنين واحد يسهل الإلمام به وإلحاق اللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً له وطبعها فى كتيب واحد يوزع بأسعار زهيدة ليكون فى متناول الكافة ، وأن تتم « فهرسة » كاملة ودقيقة للتشريعات المتتالية [1] التى انهمرت بوجه خاص فى السنوات العشر الأخيرة كنتيجة للتحول الاشتراكى والتى لا تسعف فى ملاحقتها والوقوف عليها الجريدة الرسمية ولا الوقائع المصرية اللتان يطبع من كل منهما منذ عهد بعيد ورغم الزيادة المطردة فى عدد السكان قرابة خمسة آلاف نسخة[2] و[3] ؛ وتصدر النشرة التشريعية متأخرة عنهما قرابة عام كامل . وينبغى أن تتم هذه الفهرسة على مستوى مجلس الشعب وأجهزة الحكومة من ناحية ، وأن يصدر فهرس شهرى وسنوى للجريدة الرسمية بأرقام القوانين وأعداد الجريدة التى نشرت فيها حتى يتسنى للأفراد الوقوف على أحكام القوانين أولا بأول .

٨٤٤ – قلنا إن نصوص قانون العقوبات لا تعتبر ركناً فى الجرائم التى تنشئها ، ورتبنا على ذلك أن كل خطأ فى فهم هذا القانون أو جهل بأحكامه

(١) ونعنى التشريعات بمعناها الواسع وهى : القوانين ، قرارات رئيس الجمهورية ، قرارات نواب رئيس الجمهورية ، قرارات وأوامر رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء واللجان الوزارية ، القرارات الوزارية وقرارات نواب الوزراء ، قرارات الاتحاد الاشتراكى العربى ، قرارات وأحكام المحكمة العليا ، قرارات الأجهزة المركزية ومجلس الدولة والنيابة الإدارية والرقابة العامة ، قرارات المحافظات ، قرارات الهيئات العامة والمؤسسات العامة والحراسة العامة ، قرارات اللجان والمجالس المختلفة والمراكز القومية والبنوك والمصالح والمعاهد والنقابات .

(٢) وقد أدى هذا إلى التداخل والاضطراب فى بعض التشريعات العقابية التى تحمى أمن الدولة فى زمن الحرب مثل جريمة ترويج الإشاعات الكاذبة التى تحكمها ثلاثة نصوص : اثنان فى قانون العقوبات أحدهما يعاقب على إذاعة الإشاعات فى زمن الحرب بالسجن ، والثانى بعد تعديل صدر عام ١٩٧٠ يجعل العقوبة السجن وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه ، والثالث يتمثل فى أمر صدر من رئيس الجمهورية عام ١٩٦٧ بالاستناد إلى حالة الطوارىء يجعل العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة شهور ولا تزيد على خمس سنوات والغرامة التى لا تقل عن خمسين جنيها ولا تزيد عن خمسمائة جنيه . ولا نجد تعليلا لهذا الاضطراب إلا أن المشرع نفسه كان يجهل عند إصدار كل تشريع بوجود التشريع السابق عليه منظما نفس الموضوع ، فما بال المخاطبين بالتشريع ؟

(٣) والواقع أن جانباً كبيراً من الجريدة الرسمية يوزع على المصالح الحكومية والوزارات وهو ما يقتضى مضاعفة الأعداد التى تطبع حالياً منها .

لا يؤثر فى توافر القصد الجنائى . ورأينا كيف أن « نظرية العلانية الحكمية » تستبعد الافتراض والمجاز ، وأنه كلما توافرت هذه العلانية ــ بالشروط التى أوضحناها ــ لقاعدة قانونية ما ، تعين على المخاطبين بها الخضوع لأحكامها ولا يقبل منهم الاعتذار بالجهل بها ، سواء أكانت تلك القاعدة من قواعد قانون العقوبات أم غيره من القوانين .

٨٤٥ ــ هذه ــ كقاعدة عامة ــ هى النتيجة المنطقية لنظرية العلانية الحكمية . وقد كان منطقيا ألا يختلف الحكم فى الحالة التى يكون المطلوب فيها تطبيق قاعدة وردت فى قانون غير عقابى متى انصبت على أمر يعد ركناً من الأركان المكونة للجريمة التى يُسأل عنها الجانى ، ولكنا سنرى أن الحكم يختلف فى هذه الحالة دون أن يقال إننا خرجنا على مدلول نظرية العلانية الحكمية ومقتضاها ، بل إن هذا الاختلاف هو نتيجة حتمية للنظرية ذاتها . ولئن تقيم التفرقة بين الجهل بقانون العقوبات والجهل بالقوانين الأخرى على الأساس الذى أقامتها عليه محكمة النقض المصرية ، فقد رأينا عدم سلامة ما ذهبت إليه من اعتبار الجهل أو الغلط فى قاعدة غير عقابية جهلا بالواقع . والحق إن هذا التبرير من محكمة النقض إنما يعكس اتجاهاً منها أكثر مرونة مما كانت تلتزمه قبلا فى تطبيق المبدأ بغية التخفيف من آثاره عندما يكون ظالماً ، وهو منحى ترفضه محكمة النقض الفرنسية إلى الآن أن تنحوه فى نطاق المسائل الجنائية(١) ؛ ذلك أن محكمة النقض المصرية لم تبين لماذا غلبت الجهل بالواقع على الجهل بالقانون واعتبرت الجهل فى جملته جهلا بالواقع ؟ إن الجهل بعدم قيام المانع عند الجمع بين الزوجة وخالتها ، والجهل باستمرار قيام الحجز بعد إلغاء أمر الأداء الذى وقع الحجز نفاذاً له ، لا يعدو أن يكون جهلا بقانون الأحوال الشخصية فى المثال الأول وبقانون المرافعات (قواعد التنفيذ المدنية) فى المثال الثانى ، فكيف يقال مع ذلك إنه جهل بالواقع فى الحالين ؟(٢) الحق إن

(١) وإن كنا رأينا موقفها يختلف فى نطاق المسائل المدنية إذ يبدو أكثر مرونة ــ راجع هامش (٢) ص ٩٩٦ و٩٩٧ .

(٢) والقول بأن الجهل هنا انصب على الواقعة التى يكسبها القانون المدنى أو قانون المرافعات تكييفها القانونى لا يعدو كذلك أن يكون جهلا بالتكييف القانونى للواقعة على التجريم ، وقد تعلق فى الوقت نفسه بالقاعدة القانونية التى تحكم هذا التكييف ــ راجع هامش (١) ص ١٠٠١ . ويتجه الفقه الفرنسى إلى اعتبار قواعد التشريعات غير العقابية حين ــ

محكمة النقض اعتبرت الغلط فى القوانين غير العقابية من صور الغلط فى الواقع حكماً مما ينتفى به القصد الجنائى . ولا يقال إن الجهل أو الغلط فى المثالين أصاب عنصراً جوهرياً ينبغى أن يحيط به علم الجانى وإلا انتفى القصد الجنائى لديه ، ذلك أنه حتى فى ظل نظريتى « افتراض العلم بالقانون »(١) و« الالتزام بالعلم بالقانون » فإن القاعدة القانونية غير العقابية لا يقبل الاعتذار بجهلها ، شأنها فى ذلك شأن القاعدة العقابية سواء بسواء . أما فى ظل نظرية « افتراض العلم بالقانون » فظاهر لأن العلم بالقواعد القانونية ، عقابية وغير عقابية ، مفترض فى حق الكافة بقرينة النشر . وأما فى ظل نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » فلأننا لا نرى أساساً للتفرقة بين العلم بالتجريم والعلم بعناصر الجريمة حين تكون هذه العناصر تكييفاً قانونياً ، إذ ينبغى أن يكون الجهل بالتجريم وبالتكييف القانونى كلاهما غير ناف دائماً اتجاه الإرادة إلى الإخلال بالالتزام بالعلم بالقانون ، واتجاه الإرادة على هذا النحو على الوجه الذى يذهب إليه صاحب هذه النظرية ، كاف للقول إنها اتجهت إلى مخالفة القانون . يرشح لصحة هذا الذى نقوله عدم تفرقة صاحب النظرية نفسه بين التكييف القانونى الذى يعتمد على نصوص فى قانون العقوبات والتكييف القانونى الذى يعتمد على نصوص فى قوانين أخرى(٢) .

ــ تتعلق بتوافر أركان الجريمة بحسبانها شروطاً فيها ، بمثابة أوصاف موضوعية تعامل كغيرها إذا توقف العقاب على توافرها فيجوز الاعتذار بالجهل بتوافرها ــ جارسون م ١ فقرة ٩٤ ــ دوندييه دى فابر فقرة ١٣٩ ــ ستيفانى وليفاسير فقرة ٢٢٣ ــ جارو ج ١ فقرة ٣٠٧ ــ رو ص ١٨١ ــ بوزا فقرة ١٦٧ .

(١) ويبدو أن هذه النظرية هى التى أخذت بها محكمة النقض المصرية حين اعتبرت القانون وما أدخل عليه من تعديل مما يعد داخلا فى علم كافة الناس . وغنى عن البيان أنها لم تجعل أثراً للجهل أو الغلط فى التشريع العقابى أو التشريعات المكملة له ، فقد قررت فى جريمة بيع دقيق فاخر بدون ترخيص مما يتطبق عليها القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٠ والمادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ أنه « متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن أنه يبيع الدقيق الذى حاز منه قدراً ضخما ــ على وجه الاعتياد ــ وأن ما بامه يوم الضبط كان جزءاً مما حازه بقصد الاتجار وأنه أقر بذلك متذرعاً بجهله القانون ــ لما لا يقبل التذرع به ... » ــ نقض ١٣ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٢٠ .

(٢) راجع الدكتور محمود نجيب حسنى فى مقاله السابق . أما إذا كانت عناصر الجريمة مجرد وقائع فإن العلم الفعلى بها لازم فى جميع الأحوال وانتفاؤه يؤدى إلى انتفاء القصد الجنائى .

٨٤٦ – والأساس الذى نقيم عليه تفرقتنا بين الجهل بقانون العقوبات والجهل بالقوانين الأخرى يتلخص فيما يلى : –

من المسلم أن أهم عنصر فى القاعدة القانونية هو عنصر الجزاء الذى يعبر عن صفة الإلزام التى تتمتع بها والذى يوقع عند مخالفة حكمها دون أن يقبل الاحتجاج بالجهل بها بعد أن توافرت لها العلانية الحكمية المستفادة من واقعة النشر ، فالجزاء والإلزام وجهان متقابلان فى القاعدة القانونية . وينتج من هذا أن نطاق تطبيق مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » إنما يتحدد كقاعدة عامة عند مخالفة القاعدة القانونية على نحو يستتبع توقيع الجزاء المنصوص عليه فيها والذى يعبر عن صفة الإلزام التى تتمتع بها . وبعبارة أخرى فإن نفاذ القانون بناء على العلانية الحكمية هو الأساس القانونى لإلزام الأفراد باحترام القاعدة القانونية ، وبالتالى توقيع الجزاء عليهم عند مخالفتها . أما إذا كان البحث فى القاعدة القانونية لا يتعلق بتوقيع الجزاء المترتب على مخالفتها ويقتصر فحسب على وضعها من حيث لزومها لتطبيق قاعدة قانونية أخرى ، كما هو الشأن بالنسبة للقوانين غير العقابية التى تنظم فى حدود معينة بعض المصالح التى يحميها قانون العقوبات ، فإننا نكون فى هذه الحالة أمام قانون أصلى مستوجب التطبيق ، وقانون آخر مساعد يحدد نطاق تطبيق القانون الأول . ذلك أن فهم القاعدة العقابية وتحديد نطاقها يستلزم الالتجاء إلى المعنى الوارد فى القاعدة غير العقابية لأن فروع القانون كلها ترتد إلى نظام قانونى واحد فوجب أن تكون متساندة يكمل بعضها بعضاً . فقانون العقوبات عندما يعاقب على التزوير فى وثائق الزواج بإثبات خلو الزوجين من الموانع الشرعية على خلاف الحقيقة ، فإن الموانع الشرعية تتحدد على ضوء قانون الأحوال الشخصية . فى هذا المثال فإن القانون الأصلى هو قانون العقوبات ، والقانون المساعد له هو قانون الأحوال الشخصية . فإذا خالف أحد الأشخاص قانون العقوبات بأن أثبت زوراً على خلاف الحقيقة خلوه من الموانع الشرعية والحال أنه غير خال منها ، فإنه يكون قد خالف قانون الأحوال الشخصية فى الوقت ذاته . عند مساءلة هذا الشخص فثم سؤال يطرح نفسه : أى جزاء يراد توقيعه عليه ، أهو الجزاء المترتب على مخالفة قانون العقوبات أم الجزاء المترتب على مخالفة قانون الأحوال الشخصية كالتطليق مثلا ؟

إذا كان المطلوب هو الجزاء المنصوص عليه فى قانون العقوبات فلا يجوز الاحتجاج بالجهل بهذا القانون برمته إذ يمنع من ذلك ما توافر له من علانية حكمية . أما إذا كان الجزاء المراد توقيعه هو الجزاء الوارد فى قانون الأحوال الشخصية ، امتنع كذلك الاحتجاج بالجهل بهذا القانون لقيام الارتباط التام بين عنصر الإلزام فى القاعدة القانونية وبين فكرة العلانية الحكمية ، فالعلانية الحكمية هى مصدر هذا الإلزام . وينبنى على ذلك أنه حيث تنتفى المطالبة بتوقيع الجزاء المعبر عن الإلزام ، لا يكون هناك محل للاحتجاج بالعلانية الحكمية ويجوز ، تبعاً ، الاعتذارُ بالجهل بالقاعدة القانونية . وهكذا يتضح أن ثم تلازماً بين الاحتجاج بالجهل بالقانون وبين الاحتجاج بالصفة الإلزامية للقاعدة القانونية عن طريق توقيع الجزاء المنصوص عليها فيها ، فكلما كانت هذه القاعدة هى موضوع « التطبيق المباشر » على واقعة النزاع فإنه لا يقبل الاحتجاج بجهلها ، أما إذا كانت محلا « للتطبيق غير المباشر » فإن الاحتجاج بجهلها يكون جائزاً . وتطبيقاً لذلك فإنه لما كان مدارُ البحث فى المثال المتقدم ينحصر فى توقيع الجزاء الجنائى المنصوص عليه فى قانون العقوبات دون أن يمتد إلى توقيع الجزاء المترتب على مخالفة قانون الأحوال الشخصية الذى يحدد الموانع الشرعية ، فإنه يُقبل الدفعُ بالجهل بأحكام هذا القانون الأخير ، إذ لا يكون ثمة محل للبحث عن « قوته الإلزامية » فى هذه الحالة وبالتالى لا يسوغ الاحتجاج بأساس هذه القوة الإلزامية وهو العلانية الحكمية التى توافرت لقواعده . ويسرى هذا الحكم كلما كان التكييف القانونى « غير العقابى » مجرد عنصر فى الجريمة إذ لا يكون القانون غير العقابى – كما أسلفنا – محلا للتطبيق المباشر لأن التطبيق المباشر فى هذه الحالة إنما يكون لقانون العقوبات الذى يمتنع الاحتجاج بالجهل بأية قاعدة من قواعده ومنها تلك التى يعتمد عليها فى التكييف القانونى متى كان عنصراً فى الجريمة . وهذا على خلاف ما يذهب إليه أصحاب نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » الذين لا يفرقون بين التكييف القانونى الذى يعتمد على نصوص فى قانون العقوبات والتكييف القانونى الذى يعتمد على نصوص فى قوانين أخرى ويتطلبون العلم الفعلى بعناصر الجريمة فى جميع الأحوال . وعلى ذلك ينبغى فى رأى أصحاب هذه النظرية ، علم المتهم بجريمة القـــذف بأن الواقعة التى أسندها للمجنى عليه

تستوجب عقاب القانون علماً فعلياً ، ويجوز له لذلك أن يدفع بجهله بأن قانون العقوبات يعاقب على تلك الواقعة ، حالة أنه لا يستطيع ذلك طبقاً للرأى الذى أسلفناه مع ملاحظة ما سبق أن ذكرناه من اعتبار القوانين الجزائية جميعها مكملة لقانون العقوبات . وهذا الأساس الذى أقمنا عليه التفرقة بين قانون العقوبات وغيره من القوانين يفضُل — فى نظرنا — الوجهة التى اتجهتها محكمة النقض حين أنزلت القاعدة القانونية غير العقابية المحدّدة للوصف القانونى منزلة الواقع الذى يتكون منه الركن المادى للجريمة وأجرت على الجهل بالقانون حكم الجهل بالواقع . وغنى عن البيان أن القواعد العقابية تكون دائماً محلا للتطبيق المباشر ولا يتصور أن تكون محلا لتطبيق غير مباشر على الإطلاق ، كما أن قبول الدفع بالجهل بقاعدة غير عقابية ، على الأساس الذى قلنا به ، مناطه ألا يكون الجهل مرجعه إلى خطأ الجانى . وجملة ما أورده فقهاء القانون ومحكمة النقض المصرية فى شأن هذا الخطأ مما سبق بيانه لا يخرج عما قال به القرافى المالكى فى ضابط ما يعذر المكلَّفُ بجهله وما لا يعذر .

٨٤٧ — ومع التسليم بأن الدفع بالغلط فى قاعدة من قواعد القوانين غير العقابية قد أصبح الآن دفعاً مقبولا من الفقه والقضاء كليهما ، فإنه يتعين البحثُ عن سبب عدم استحقاق العقاب فى هذه الحالة . وقد قيل فى تبريره إنه هو الإباحة الظنية القائمة على اعتقاد المتهم أنه كان يزاول نشاطاً مشروعاً لا غبار عليه ، ومن ثم فإن هذا الغلط يكون من صور الإباحة التى تزيل عن هذا الفعل صفة السلوك الآثم أى الجريمة . وقد تؤدى إلى هذا المعنى عبارة بعض الأحكام المصرية التى قالت عن هذا الغلط إنه « يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم » . ولكنا نرى أن الغلط فى القوانين غير العقابية ينفى القصد الجنائى وحده دون أن يزيل عن الواقعة صفتها الجنائية ، فهو سبب مانع من المسئولية فحسب ومن ثم يسرى على من يتصف به دون غيره ، وهو ما أوجبه القانون ما دامت الظروف المتصلة بالقصد الجنائى تسرى على صاحبها وحده ولا تتعداه إلى غيره سواء كان فاعلا أصلياً أو شريكاً معه ، كما أنه لا يحول دون إمكان المساءلة المدنية متى توافرت شروطها .

٨٤٨ — وترتيباً على ما تقدم ، فإننا لا نرى داعياً للنصِّ فى قانون العقوبات على أنه يكون مانعاً من العقاب ، الجهلُ بقاعدة مقررة فى قانون آخر متى

كانت منصبة على أمر يُعدُّ ركناً من الأركان المكونة للجريمة ، إذ لم يعُدْ هذا الحكم بحاجة إلى نص يقرره . كما أننا لا نجد بنا حاجة للنص على أن امتناع علم المجرم بالقانون الذى يعاقب على جريمة لقوة قاهرة يعد مانعاً من العقاب (وهو ما كان ينص عليه مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة فى الفقرة ب من المادة ٥٣) ، ذلك أن العلانية الحكمية للقانون ، وهى مناط الإلزام ، لا تتوافر بسبب القوة القاهرة ، أو بعبارة أخرى فإن مبدأ الشرعية الجنائية لا يكون متوافراً بالنسبة إلى من لم تتوافر العلانية الحكمية فى حقهم . فقد سبق أن ذكرنا أن واقعة نشر القوانين فى الجريدة الرسمية طبقاً للدستور هى الواقعة التى تتم بها العلانية الحكمية ويبدأ بناء عليها سريان القانون على المخاطبين بأحكامه ما لم يتحدد لنفاذه تاريخ لاحق على النشر . كما ذكرنا أن نشر القوانين فى الجريدة الرسمية ، يعنى تيسير الحصول عليها عن طريق توزيعها بغير تمييز على أشخاص غير معينين بذواتهم حتى يتمكن كل ذى شأن من الاطلاع عليها ، فلا يتحقق النشر بمجرد طبع الجريدة ثم تخزينها دون توزيعها لأن « النشر » لازمه ومقتضاه إمكان الحصول على الجريدة فى أى مكان عند طلبها ، فإذا استحال وصولها إلى مكان معين استحالة مطلقة بسبب قوة قاهرة ، كما هو الشأن فى إقليم احتله العدو أو قرية انتشر بها وباء اضطر رجال السلطة العامة إلى محاصرتها ومنع الدخول إليها والخروج منها حتى يزول الوباء ، فإن إجراء « النشر » لا يكون قد تم بالنسبة لذلك الإقليم أو تلك القرية ، وبالتالى فإن العلانية الحكمية لا تكون قد تحققت ولا يتوافر — تبعاً — مبدأ الشرعية الجنائية بالنسبة لمن يخالف القانون الذى صدر أثناء احتلال الإقليم أو حصار القرية ما لم يتحقق النشر فى حقه قبل ارتكاب المخالفة . ونحن نقول بهذا على خلاف ما يذهب إليه الفقه والقضاء[1] إذ يعتبر قبول الاحتجاج بالجهل

(١) انظر محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٢ ص ٧١٨ — محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٩٤ — السنهورى ، أصول القوانين ص ١٧٧ — عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ص ١٢٨ — شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ١٩٦٨ ص ٢١٢ .

وفى الفقه الفرنسى Garçon, art. 1, no. 93 ; Garraud, I, no. 307, p. 603.

وفى القضاء الفرنسى Tribunal Correctionnel de Vouziers, 20 mars 1941, chronique de jurisprudence. Rev. de science crim 1941, p. 187 .

بالقانون فى هذه الحالة استثناء من مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالجهل به سنده أن « الشارع لا يكلف بمستحيل » مع أنه تطبيق للمبدأ وليس استثناء منه(١) .

٨٤٩ — أما أحكام التشريع العقابى فلا ينبغى أن يُسمح بالاحتجاج بجهلها لتعارض ذلك مع فكرة العلانية الحكمية من ناحية ، ولأن مبدأ عدم جواز التذرع بجهل القانون العقابى مبدأ قائم كأصل عام من أصول التشريع الوضعى لا يحتاج إلى نص يقرره ويتعذر تبريره — عندما يكون ظالماً فى بعض الأحايين — بغير اعتبارات العدالة فى المساواة بين المخاطبين بالقواعد القانونية فى امتناع الاحتجاج بالجهل بها من ناحية ، والحرص على استقرار أحكام التشريع(٢) من ناحية أخرى .

---

(١) وعلى هذا نقترح أن يجرى النص بالآتى « ليس لأحد أن يحتج بجهله القانون الجزائى أو تفسيره تفسيراً خاطئاً . ومع ذلك يعد مانعاً من العقاب جهل الأجنبى الذى قدم الجمهورية منذ خمسة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلده أو قوانين البلد الذى استقرت إقامته فيه » . ونحن لا نرى النص على إباحة التذرع بالجهل بقانون عقابى كما فعل بعض التشريعات لأن فتح هذا الباب يلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر إذ يعطل تطبيق القانون ويفوت أهدافه .

(٢) ومن مظاهر الاستقرار القانونى الذى يجب أن تراعيه السياسة التشريعية فى المجال الجنائى ، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وما يقتضيه من عدم جواز القياس فى التجريم والعقاب وعدم رجعية قانون العقوبات ، فضلا عن وضوح نصوص القانون وثباتها . وفى السياسة الجنائية تتضاعف الحاجة نحو الوضوح والثبات لأن نصوص القانون الجنائى بطبيعتها تنطوى على مساس بحريات المواطنين . هذا فضلا عن أن احترام مبدأ الشرعية يفترض فهم المواطنين سلفاً للواجبات المفروضة عليهم تجاه نصوص القانون العقابى وما يتهددهم من عقوبات ، فإذا غاب هذا المعنى بسبب غموض نصوص القانون تعذر احترام مبدأ الشرعية . وينعكس الاستقرار القانونى على سياسة المنع التى تواجه الخطورة الاجتماعية فيتعين احترام مبدأ الشرعية فى التدابير المانعة التى تواجه هذه الخطورة ويتحقق ذلك بتحديد مضمون الخطورة الاجتماعية سلفاً ووصفها قانوناً فى نصوص واضحة نافذة المفعول قبل اتخاذ التدابير المانعة . ومثال ذلك فى القانون المصرى التشرد والاشتباه طبقاً للقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ . وإذا افتقر القانون للوضوح والثبات فإنه يعجز عن التعبير عن الحقيقة فتكثر بشأنه التفسيرات ويصعب تنفيذه فكأنه ينطوى على معول هدمه وفنائه .

وقد تقدم القول إن السياسة الجنائية السوفيتية لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وإنما تخضع لمبدأ المطابقة للغاية **Conformité au but** وهى حماية الطبقة الحاكمة من العمال والفلاحين فإذا تبين للقاضى أن التجريم المنصوص عليه فى القانون يخالف هذه الغاية تعين أن =

٨٥٠ — بيد أنه لما كان سبب الجريمة هو تفوق اللذة الناتجة منها على الألم المترتب عليها ، فإنه يلزم أن توجه العقوبات نحو إشعار الناس بالألم الذى قد يلحق بهم إذا أقدموا على ارتكاب الجريمة . والاحساس بهذا الألم بسبب الخشية من العقاب يتم أولا عن طريق الوقوف على العقوبة المجردة المنصوص عليها فى القانون ، وينبعث ثانياً من تطبيقها بواسطة القاضى ثم من تنفيذها بواسطة الإدارة العقابية . وإذا كان السائد هو الحيلولة بين المواطنين وبين إثبات جهلهم بقانون العقوبات مما يعرضهم للمسئولية الجنائية على الرغم من جهلهم فعلا بهذا القانون ، وكان البعض قد أثبت أن العلم الحقيقى بقانون العقوبات عامل قوى فى الامتناع عن ارتكاب الجريمة وأن عدداً كبيراً من المجرمين قد أقدم على ارتكاب الجريمة بسبب جهله الحقيقى بالتجريم(١) ، فإن فاعلية الأثر الرادع للعقوبة تتوقف ابتداء على العلم بقانون العقوبات مصدر التجريم والعقاب ، كما أن الردع العام المستفاد من العقوبة يلعب دوراً أكبر فى منع ارتكاب « الجرائم المصطنعة أو القانونية الصرف » . ومن ثم قد تقتضى العدالة الأمر بوقف تنفيذ العقوبة لعدم جدواها

= يطرحه جانباً . وتوسع قانون العقوبات الصادر عام ١٩٢٦ فى مدلول الخطورة الاجتماعية وسمح باتخاذ تدابير احترازية ضد من توافرت لديهم هذه الخطورة (م ٦) وأجاز القاضى القياس فى التجريم عند عدم وجود النص (م ١٦) انظر **Donnedieu De Vabres ; la politique criminelle des états autoritaires, op. cit. pp. 156 et s.**

(١) **Kinberg, les problèmes fondamentaux de la criminologie, paris, 1969, p. 80.**

وقد نص قانون العقوبات اليوغوسلافى (١٩٥١) فى المادة الثالثة على أن الغرض من العقوبة هو منع السلوك الخطر اجتماعياً ومنع الجانى من ارتكاب الجرائم وضمان إصلاحه وممارسة التأثير التربوى على الآخرين . ونص قانون العقوبات السوفيتى فى المادة ٢٠ على أن العقوبة تهدف أيضاً إلى إصلاح وإعادة تهذيب المحكوم عليه من خلال روح الولاء للعمل ودقة تنفيذ القوانين واحترام قواعد الحياة فى المجتمع الاشتراكى ومنعهم من ارتكاب جرائم جديدة . أما قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى فقد أوجب على قاضى التحقيق فى الجنح وأجاز له فى الجنايات فحص شخصية المتهم تمهيداً لتقدير العقوبة على ضوئها من أجل إصلاحه . ونصت المادة ٣٧ من قانون العقوبات السويسرى على أنه يتعين تنفيذ عقوبتى السجن والحبس على نحو يكون من شأنه إخضاع المحكوم عليه لجهود تستهدف تهذيبه وتمهيد عودته للحياة الحرة . وفى هذا المعنى وردت المادة ٢٧ من الدستور الإيطالى الصادر عام ١٩٤٧ .

لانتفاء الردع فى فاعليتها حين يثبت جهلُ الجانى بالقاعدة العقابية التى تجرم فعله، ولذلك فإنا ننادى بحذف المواد ، التى تحظر وقف تنفيذ العقوبة ، من جميع القوانين حتى لا يكون هناك قيد على سلطة القاضى فى هذا المجال ، بل ولا نعتقد أننا نكون مغالين إذا طالبنا بالنص فى الدستور على عدم جواز النص فى أى تشريع على حظر وقف تنفيذ العقوبة فى الجنح .

٨٥١ — وقد رأينا أن الجريمة التأديبية تختلف من حيث الشرعية والأركان ومن حيث طبيعة الجزاء ، فبينما يشترط فى الجريمة الجنائية وجود نص خاص يحددها والجزاء المترتب عليها ، فإنه يكفى فى الجريمة التأديبية مجردُ التحديد العام للواجبات التى لا يجوز الإخلال بها أو المصالح الجماعية لهيئة معينة وإلا استحق من ينتهكها الجزاء التأديبى . ومن حيث الأركان ، فإن الجريمة التأديبية تتمثل فى مخالفة القواعد المنظمة لسلوك بعض أعضاء الهيئات الاجتماعية أو المهنية ، بينما تتمثل الجريمة الجنائية فى مخالفة القواعد المنظمة لسلوك المواطنين جميعاً . ومن حيث الجزاء ، فإنه بينما يترتب على الجريمة الجنائية جزاء من نوع معين مثل العقوبة أو التدبير العقابى ، فإن الجريمة التأديبية يترتب عليها جزاء تأديبى يتعلق بممارسة المهنة . وبالتعويل على اختلاف كلتا الجريمتين الجنائية والتأديبية ، فإن رفع الدعوى الجنائية لا يحول دون رفع الدعوى التأديبية ولو كانت الدعويان عن واقعة واحدة طالما أن هذه الواقعة تنطوى على الجريمتين . ويترتب على هذا الاختلاف أيضاً أن الجهة الإدارية قد لا تكتفى بالجزاء الجنائى فتحاسب المتهم على الجريمة التأديبية التى ينطوى عليها الفعل الجنائى . ونظراً إلى أن الدعوى الجنائية ترفع باسم المجتمع فقد استقر الرأى على أن يكون للحكم الجنائى حجية أمام جهات التأديب فيما يتعلق بالوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وبتكييفها القانونى . وللإدارة حق توقيع الجزاء التأديبى دون انتظار نتيجة المحاكمة الجنائية .

وأخطاء الموظف العام التى يكون مصدرها الخطأ فى التقدير والتى تنصب على خطأ فى تفسير القوانين أو اللوائح أو التعليمات وإن كانت تعتبر مخالفات إدارية ، إلا أنها لا تؤدى إلى مساءلة مرتكبها تأديبياً بسبب امتناع مسئوليته فى هذه الحالة ، فى حين يرجع عدم العقاب فى حالات الأخطاء الأخرى إلى عدم انطوائها على معنى الإثم أو الذنب .

٨٥٢ — وفى مجال قواعد الإثبات فإن الجهل بالنتائج القانونية للإقرار لا يعتدُّ به ، ذلك أن الإقرار لا يأخذ من أحكام التصرف القانونى إلا بالقدر الذى لا يتعارض مع طبيعته بوصفه إخباراً بواقعة تمت قبل صدوره . وما أسلفناه من الاعتداد بالجهل بحكم قاعدة قانونية انبنى عليها صدورُ الإقرار ليس استثناءً من المبدأ لأن المقرّ إنما يتمسك بإعمال أثر هذه القاعدة بينما مقتضى الاستثناء هو التحللُ من أحكامها . وهذا القولُ يصدق على توجيه اليمين جهلا بقاعدة قانونية تبيح الإثبات بالبينة ، فإن مؤدّى إبطال توجيه اليمين هو إعمالُ حكم هذه القاعدة وانفتاحُ بابِ الإثباتِ بالبينة .

٨٥٣ — وفى دائرة العلاقات المدنية يفرق البعض بين القواعد والنصوص الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، والقواعد والنصوص المفسرة التى يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها ، ويقصر مبدأ عدم العذر بجهل القانون على النوع الأول دون الثانى . ومحصل الرأى بالنسبة لهذا الفريق من الفقه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون إنما ينطبق على القوانين الجنائية وغيرها من القوانين المتعلقة بالنظام العام ، أما ما عدا ذلك من القوانين فيجوز للأفراد الاعتذار بجهلها . بيد أننا أيدنا ما ذهب إليه الفريق الآخر من سريان المبدأ على القواعد القانونية كافة أياً كان نوعها ، فما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة فلا يسوغ الاحتجاج بجهلها للإفلات من الخضوع لحكمها . وقد سبق أن ذكرنا أن صفة الإلزام متوافرة للقواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء . ولا يقدح فى ذلك جواز اتفاق الأفراد على عكس ما تقضى به القاعدة المكملة ، ذلك أنها تبقى مع هذا ملزمة واجبة الاتباع حتى يحدث مثل هذا الاتفاق أو يفصح المتعاقدان صراحة عن إرادة استبعاد تطبيقها . وقد مرّ بنا أنه حتى لو لم يكن للمتعاقدين علم بوجودها فإنه يتعين تطبيقها إذ لا يجوز التحدى بجهلها تهرُّباً من إعمال حكمها . وإذا سلمنا بجواز استبعادها عند الجهل بها لترتب على ذلك قيام فراغ فى العلاقة بين المتعاقدين ، مع أنها لم توضع إلا لسدُّ الفراغ الناشئ عن سكوت المتعاقدين على الاتفاق على قواعد مختلفة .

٨٥٤ — ولعل ما دعا بعض الفقهاء إلى إجازة الاعتذار بجهل بعض القواعد القانونية دون البعض الآخر مرده إلى ما نصت عليه المادة ١٢٢ من

التقنين المدنى من أنه — كقاعدة عامة — « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع . . . » ، فقد ظنوا أن فى إجازة إبطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط فى القانون ، خروجاً على مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، بقبول مثل هذا الاعتذار . والواقع أن هذا الظن خاطئ : فالوارث مثلا الذى يبيع حصته فى التركة على اعتقاد أنها الربع فى حين أن له نصف التركة طبقاً لقواعد الميراث ، يكون له حق طلب إبطال عقد البيع للغلط الذى شاب إرادته فى قدر الشيء المباع ، وهذا الغلط مرده إلى الغلط فى قاعدة من قواعد قانون الميراث ليست محل تطبيق مباشر فيجوز الاعتذار بجهلها والغلط فيها كما أسلفنا القول . كذلك الرجل الذى يهب مطلقته مالا ظاناً أنه استردها لعصمته فعادت زوجة له جاهلا أن الطلاق الرجعى قد أصبح بائناً بانتهاء مدة العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعد زواج جديد ، يكون له طلب إبطال الهبة على أساس الغلط الذى وقع فيه بشأن صفة جوهرية فى شخص الموهوب لها والذى يرجع إلى الغلط فى قاعدة من قواعد قانون الأحوال الشخصية ليست بدورها محل تطبيق مباشر فيحل له لذلك الاعتذار بجهلها والغلط فيها .

٨٥٥ — والواقع ، فضلا عما تقدم — أن مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » إنما يعنى أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفريق أى حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة قانونية معينة فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها فى حقه بحجة جهله بأحكامها . وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور إلا بإعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها فى حقه ، ومن هنا لا يكون فى إعطاء المتعاقد الواقع فى غلط فى القانون حق طلب إبطال العقد الذى اندفع إلى إبرامه تحت تأثير الغلط ، أىُّ استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » إلا إذا كان فى هذا الإبطال منع سريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط فى حق المتعاقد الواقع فى الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك فى المثالين السابقين وغيرهما : فالوارث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع فى غلط فى قدر الحصة التى تفرضها له ثم يطلب إبطال عقد البيع الذى

اندفع إلى إبرامه تحت تأثير الغلط ، لا يتوصلُ بالحصول على الإبطال إلى منع سريان قواعد الميراث فى حقه ، فهى تظل سارية فى حقه رغم جهله بأحكامها ، ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية فى حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر إلى تمكينه من إبطال بيع حصته الذى اندفع إليه اعتقاداً منه أنها الربع فقط . والرجل الذى يهب مطلقته مالا ظاناً أنها عادت إلى عصمته غلطاً منه فى أحكام الطلاق ثم يطلب إبطال الهبة بعد اكتشاف الغلط ، لا ينجو بهذا الإبطال من سريان قواعد الطلاق فى حقه ، فهى ملزمة له رغم جهله بها مما يظل الطلاق معه قائماً وبائناً بحيث لا يملك استرداد مطلقته إلى عصمته إلا بعقد جديد . ولولا أن هذه القواعد تظل سارية فى حقه فلا تعتبر مطلقته عادت زوجة له لما كانت هناك حكمة من إعطائه حق طلب إبطال الهبة التى اندفع إليها تحت تأثير ظنه الخاطئ أنها تنصرف إلى زوجته لا إلى مطلّقته ،

٨٥٦ — فالرأى عندنا إذن أن مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » مبدأ مطلق يصدق على القواعد القانونية كافة مكتوبة وغير مكتوبة ، تشريعية كانت أو عرفية أو دينية ، آمرة كانت أو مفسرة ، لا يرد عليه أى استثناء على النحو الذى أوضحناه آنفاً . ويترتب على ذلك أنه لا يقبل أمام القضاء الاعتذار بجهل قاعدة قانونية عرفية أو دينية ، ويعتبر خطأ القاضى فى تطبيق القاعدة العرفية أو الدينية من قبيل الخطأ فى تطبيق القانون الذى يخضع لرقابة محكمة النقض .

٨٥٧ — وكما لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون ، كذلك لا يقبل الاعتذار بالخطأ فى تفسيره . وقد عرفنا أن التفسير الصحيح الذى يعول عليه هو التفسير الذى يقول به القاضى المعروضة عليه الدعوى ، فالقاضى يقول كلمة القانون . والتفسير القضائى ليس حجة فى مواجهة الكافة وإنما تقتصر حجيته على الدعوى التى قرر فيها دون أن تكون له قوة الإلزام بالنسبة لما عداها ، على خلاف التفسير التشريعى **interprétation législative** إذ يسرى على الوقائع التى حدثت قبل صدوره أى فى ظل التشريع الأول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثانى ، بما يتضمن من تفسير التشريع الأول ، يعتبر جزءاً منه فيكون طبيعياً إذن أن يمتد إلى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الأول ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى

الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أى أن التفسير التشريعى يأخذ بمقتضى هذا الاستثناء من قاعدة عدم الرجعية نفس المدى الزمنى لسريان التشريع الوارد عليه التفسير ، وتكون رجعيته بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائياً من القضايا . ويصدق هذا القول على قرارات التفسير التى تصدرها المحكمة العليا إذ تكون لها حجية مطلقة من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية .

٨٥٨ — وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية معروفة كالقانون ، ويتعين الأخذ بها عند عدم العرف(١) . وقد كانت هى قانون البلاد الوحيد قرابة تسعة قرون هجرية قبل التشريعات التى استحدثت بعدها . وهذه التشريعات استقت منها كثيراً من أحكامها كالوصية والتصرف فى مرض الموت والشفعة والوقف والحكر بأنواعه والعلو والسفل والحائط المشترك والكنز المدفون ومبدأ ألا تركة إلا بعد وفاء الدين وهلاك المبيع والغش وإيجار الأراضى الزراعية وبراءة المستأجر إذا هلك الزرع بقوة قاهرة والمزارعة وانتهاء عقدها بموت المستأجر . ولا تزال الشريعة الإسلامية معمولا بها فى الميراث والأحوال الشخصية . ولا شك أن مخالفة « مبادئ الشريعة » تعتبر مخالفة للقانون فتكون مستوجبة نقض الحكم .

٨٥٩ — وقد رأينا أنه من المبادئ الأولية فى الشريعة الإسلامية الغراء

(١) والعلانية الحكمية متوافرة بطبيعة الحال بالنسبة لقواعد الشريعة الإسلامية وغيرها من القواعد الدينية من نشرها فى الكتب المقدسة . أما العرف فقد تقدم أنه بطىء التكوين ، وهى ينشئ القاعدة القانونية من طريق اعتياد الناس على اتباع سلوك معين واستقرار الإيمان فى نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً من حيث إنه يمثل ضرورة قانونية . وتتوافر له العلانية الحكمية من اشتراط تمام الاعتياد واطراده حتى تتكون القاعدة العرفية التى تتخصص فى مهنة أو طائفة معينة كما قد تتركز فى منطقة محددة من الدولة . أما القانون الطبيعى فليس من السهل تصوره وتحديده وفهم معناه ، وقد قرنه الشارع بقواعد العدالة كأنه جعل الأمرين مترادفين القصد منهما واحد هو تحقيق العدالة . وإنه وإن كانت قواعد العدالة غير معينة أيضاً إلا أنه يمكن استنباطها هى والقانون الطبيعى من علم القانون المقارن أى من أصول القوانين المختلفة والشريعة الإسلامية مع مراعاة أحوال الطرفين المتخاصمين وظروفهما وبيئتهما وحالتهما الاجتماعية كما يمكن الاستنباط بطريق القياس بالحالات المشابهة . وتقدير قاضى الموضوع يخضع بطبيعة الحال لرقابة محكمة النقض إذا كان استنباطه من علم القانون المقارن والقوانين المختلفة والشريعة الإسلامية أو بطريق القياس بحالة قانونية خاطئة . أما الاستنباط من أحوال الطرفين المتخاصمين وظروفهما وبيئتهما وحالتهما الاجتماعية بطريق القياس بحالة غير قانونية فلا يخضع لرقابة محكمة النقض إذا قام على أسباب سائغة عقلا .

أن الجانى لا يؤاخذ على الفعل المحرَّم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه ، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسئولية . ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه ، فمتى بلغ الإنسان عاقلا وكان ميسراً له أن يعلم ما حُرِّم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم ، وإما بسؤال أهل الذكر ، اعتبر عالماً بالأفعال المحرمة ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم ، ولهذا قال الفقهاء « لا يقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام » . ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلا لأن ذلك يؤدى إلى الحرج ويفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه ويعطل تنفيذ النصوص . وألحقت الشريعة الجهل بمعنى النصوص الحقيقى بالجهل بذات النصوص وأجرت عليهما حكماً واحداً ، فلو ادعى الجانى أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم فإن جهله بالمعنى الحقيقى للنصوص لا يرفع عنه المسئولية الجنائية .

والنظر فيما قاله فقهاء القانون فى موضوع الجهل بالأحكام يبين منه أنهم يقتفون مسلك فقهاء الشريعة ، فالناس يعتبرون عالمين بالقانون بتيسير إمكان علمهم به وذلك بنشره بالطريق القانونى بعد إصداره ولا اعتبار بأن كل مكلف علم به بعد ذلك فعلا أو لم يعلم ، وجهل المعنى الحقيقى للنص يتساوى مع الجهل بالنص ذاته . والاستثناء الذى أورده رجال القانون يرجع فى جملته إلى ما نقلناه عن القرافى المالكى فى ضابط ما يعذر به المكلف فى جهله وما لا يعذر ، وأن كل ما يجد المكلف عناء شديداً فى معرفته والوصول إليه بحيث يوصف بالتعذر كان معذوراً فى جهله ، وهذا الضابط هو الذى أخذ به القضاء الألمانى الحديث وتبنَّته محكمة النقض المصرية . ولم يقع فقهاء الشريعة فيما وقع فيه بعض فقهاء القانون من الاعتساف فى تطبيق المبدأ مما كان محلا للنقد من بعض رجال القانون أنفسهم ، بل وضع فقهاء الشريعة لقاعدة « عدم قبول العذر بجهل الأحكام » معياراً سمحاً اهتداء بقوله تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » ، وقوله : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، وقوله : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

وأخيراً فإن الجهل بالأحكام ، فى الشريعة كما هو فى القانون ، من شأنه أن يرفع المسئولية إذا صلح عذراً ، لا أن يبيح الفعل .

أحكام نقض صادرة من الدوائر الجنائية [لم تنشر بعد]

الطعن رقم ٤٤٤٢ لسنة ٥٦ ق

جلسة ١٠ / ١٢ / ١٩٨٦

١ - اختصاص « اختصاص ولائى » . قضاء عسكرى - قانون « تفسيره » . « تطبيقه » . نقض « أسباب الطعن . ما لا يقبل منها » .

- المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة بالفصل فى الجرائم كافة إلا ما استثنى بنص

- أساس ذلك ؟ .

- إجازة بعض القوانين إحالة جرائم معينة إلى محاكم خاصة لا يسلب المحاكم العادية ولايتها بالفصل فى تلك الجرائم مادام أن القانون الخاص لم يرد به أى نص على انفراد المحكمة الخاصة بالاختصاص بسواء كان معاقبا عليها بمقتضى قانون عام أم قانون خاص .

٢ - اختصاص « اختصاص ولائى » . قضاء عسكرى - قانون « تفسيره » .

- القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية لم يرد فيه أو فى أى تشريع آخر انفراد القضاء العسكرى دون غيره بالاختصاص . مفاد ذلك ؟ .

- نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية أن السلطات القضائية العسكرية هى وحدها التى تقرر ما إذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا . لا يفيد صراحة أو ضمنا انفراد القضاء العسكرى وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية - مجال تطبيقه ؟ .

٣ - قانون « تفسيره » » إلغاؤه » . اختصاص« اختصاص ولائى » . قضاء عسكرى .

- إلغاء النص التشريعى . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على الإلغاء أو شموله نصا يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . وورود نصّ تشريعى لاحق على المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية . مؤداه ؟ .

١ - المحاكم العادية هى صاحبة الولاية العامة بالفصل فى الجرائم كافة إلا ما استثنى بنص خاص عملا بنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة عشرة من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، فى حين أن غيرها من المحاكم ليست إلا محاكم استثنائية أو خاصة ، وأنه وإن أجازت القوانين فى بعض الأحوال ، إحالة جرائم معينة إلى محاكم خاصة ، إلّا أن هذا لا يسلب المحاكم العادية ولايتها بالفصل فى تلك الجرائم مادام أن القانون الخاص لم يرد به أى نص على انفراد المحكمة الخاصة بالاختصاص ، يستوى فى ذلك تكون الجريمة معاقبا عليها بموجب القانون العام أو بمقتضى قانون خاص ، ولو أراد الشارع أن يقصر الاختصاص على محكمة معينة ويفردها به ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة على غرار ما جرى عليه فى قوانين عدة منها قانون السلطة القضائية سالف الذكر حين نص فى المادة ٨٣ منه التى ناطت بدوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض « دون غيرها » الفصل فى الطلبات التى يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الجمهورية والوزارية المتعلقة بشئونهم وفى شأن طلبات التعويض والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت ، وقانون مجلس الدولة الصّادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢ حين نص فى المادة العاشرة منه على اختصاص محاكم مجلس الدولة « دون غيرها » بالفصل فى المسائل التى حددها ، والقانون ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث حين نص فى الفقرة الأولى من المادة التاسعة والعشرين منه على اختصاص محكمة الأحداث « دون غيرها » بالنظر فى أمر الحدث عند اتهامه فى الجرائم وعند تعرضه للانحراف ، أما غير الحدث - إذا أسهم فى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحداث - فإن الشارع وإن جعل لمحكمة الأحداث اختصاصا بنظرها بموجب الفقرة الثانية من المادة التاسعة والعشرين سالفة الذكر ، إلا أنه لم يفردها بهذا الاختصاص كما فعل فى الفقرة الأولى ، وبالتالى لم يسلب المحاكم العادية ولايتها بالفصل فيها . وقد التزم

الشارع هذا النهج ولم يشذ عنه فى اللجان التى أضفى عليها اختصاصا قضائيا ، من ذلك ما نص عليه فى المادة ١٣ مكررة (١) من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى من تشكيل لجان يكون من مهمتها فى حالة المنازعة ، تحديد ما يجب الاستيلاء عليه من الأراضى الزراعية طبقا لأحكام هذا القانون ، وأنه « استثناء من حكم المادة ١٢ من قانون نظام القضاء ، يمتنع على المحاكم النظر فى المنازعات المتعلقة بملكية الأطيان المستولى عليها .... » وفى المادة الثالثة من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ بشأن لجان الفصل فى المنازعات الزراعية من اختصاصها بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقة الإيجارية فى الأراضى الزراعية وغيرها « وبوجه خاص تختص اللجنة وحدها بالفصل فى (المسائل الآتية) (أ) .... (ب) .... (ج) ....» وفى الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون ذاته من أنه « يمتنع على المحاكم النظر فى المنازعات التى تدخل فى اختصاص هذه اللجان طبقا للفقرة ٢ من المادة ٣ » وفى المادة الخامسة من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ فى شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة من اختصاص اللجنة القضائية المنصوص عليها فيها « دون غيرها » بالفصل فى المسائل الواردة فى البنود من الأول إلى الخامس منها . وقد أخذ الدستور بهذا المفهوم عندما نص فى المادة ١٧٥ منه على أن تتولى المحاكم الدستورية دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

٢ - المحاكم العسكرية المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص خاص ، وإنه وإن ناط بها هذا القانون الاختصاص بنوع معين من الجرائم ، ومحاكمة فئة خاصة من المتهمين ، إلا أنه لم يؤثرها بهذه المحاكمة وذلك الاختصاص أو يحظرها على المحاكم العادية ، إذ لم يرد فيه ، ولا فى أى تشريع آخر ، نص على انفراد القضاء العسكرى بالاختصاص على مستوى كافة مراحل الدعوى ابتداء من تحقيقها وانتهاء بالفصل فيها - إلا فيما يتعلق بالجرائم التى تقع من الأحداث

الخاضعين لأحكامه عملا بنص المادة الثامنة مكررا منه . ولا يقدح فى ذلك ، ما نصت عليه المادة الرابعة من مواد إصدار ذلك القانون ، من سريان أحكامه على جميع الدعاوى الداخلة فى اختصاصه ، مالم تكن قد رفعت إلى الجهات القضائية المختصة ، ذلك بأن الشق الأول من النص قد خلا مما يفيد انعقاد الاختصاص بنظر الدعاوى المشار إليها فيه للقضاء العسكرى وحده دون غيره ، والشق الثانى منه يعالج الحالة التى تكون فيها هذه الدعاوى قد رفعت إلى الجهات القضائية المختصة قبل العمل به فى أول يونيه سنة ١٩٦٦ ، فأبقى الاختصاص بنظرها معقودا لتلك الجهات دون أن يشاركها فيه القضاء العسكرى . يؤكد هذا النظر أن الشارع عندما أراد أن يعقد الاختصاص بجرائم الأحداث الخاضعين لأحكام قانون الأحكام العسكرية المشار إليها للقضاء العسكرى وحده ، فقد نص صراحة فى المادة الثامنة مكررا منه - والمضافة بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٥ - على أن إفراده بذلك الاختصاص إنما هو استثناء من أحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث ، وهو ما يتأدى منه أنه باستثناء ما أشير إليه فى تلك المادة من جرائم تقع من الأحداث الخاضعين لأحكامه ، وكذلك الجرائم التى تقع من الأحداث الذين تسرى فى شأنهم أحكامه إذا وقعت الجريمة من واحد أو أكثر من الخاضعين لأحكامه ، فإنه لا يحول بين المحاكم العادية وبين الاختصاص بالفصل فى الجرائم المنصوص عليها فيه ، مانع من القانون ، ويكون اختصاص القضاء العسكرى بجرائم الأحداث المنصوص عليها فى المادة ٨ مكررا سالفة الذكر ، إنما هو خروج على الأصل العام المقرر بقانون السلطة القضائية . أما ماعدا هؤلاء الأحداث وتلك الجرائم مما أسبغت سائر نصوص قانون الأحكام العسكرية على القضاء العسكرى اختصاص الفصل فيها ، دون أن تفرده بذلك انتزاعا من المحاكم صاحبة الولاية العامة فى القضاء ، فإنه ليس ثمة ما يحول بين هذه المحاكم وبين الفصل فيها إعمالا لحقها الأصيل ، إذ لا محل للقول باختصاص استئثارى للقضاء العسكرى

بها ، ويكون الاختصاص فى شأنها – بالتعويل على ذلك – مشتركا بين القضاء العسكرى وبين المحاكم ، لا يمنع نظر أيها فيها ، من نظر الأخرى ، إلا أن تحول دون ذلك قوة الأمر المقضى . ولا ينال من هذا النظر ، النصُّ فى المادة الثامنة والأربعين من قانون الأحكام العسكرية آنف الذكر على أن « السلطات القضائية العسكرية هى وحدها التى تقرر ما إذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا » ذلك أن هذا النصَّ – وأيا كان وجه الرأى فيه – لا يفيد صراحة ولا ضمنا ، انفراد القضاء العسكرى وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية ، ذلك أن اختصاص الهيئات القضائية – وعلى ما جرى به نص المادة ١٦٧ من الدستور – يحدده القانون ، ومن ثم يكون قصارى ما يفيده نص المادة ٤٨ سالفة الذكر ، أن السلطات القضائية العسكرية هى وحدها صاحبة القول الفصل عند تنازع الاختصاص ، وهو ما يؤكده أن لفظة « وحدها » وردت بعد عبارة « السلطات القضائية العسكرية » ولم ترد بعد لفظة « اختصاصها » فى نهاية النص . لما كان ذلك ، وكا إعمال مقتضى هذا النص فى حالة التنازع الإيجابى بين السلطات المشار إليها فيه ، وبين هيئة أو محكمة استثنائية ذات اختصاص قضائى أو محكمة خاصة ، أنه متى رفعت الدعوى الجنائية إليها عن جريمة سبق أن قرر القضاء العسكرى أنها تدخل فى اختصاصه الولائى ، تعين عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها ، وهو مالا يسرى على المحاكم العادية لأن القضاءين العادى والعسكرى قسيمان فى الاختصاص بالجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية .

٣ – من المقرر وفق القاعدة العامة الواردة فى المادة الثانية من القانون المدنى أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » وكان قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٦٦ ، وقانون كلتا المحكمتين العليا والدستورية ، بمنزلة سواء فى مدارج التشريع ، وكانت القوانين اللاحقة على قانون الأحكام العسكرية سالفة الذكر لم تنصَّ صراحة على إلغاء نص المادة ٤٨ من هذا القانون ، بل وخلت نصوصها وديباجاتها من أية إشارة إلى قانون الأحكام العسكرية ، وكانت القوانين اللاحقة إنما هى تشريعات عامة فيما انتظمته من أحكام فى شأن تنازع الاختصاص – إيجابا وسلبا – بالنسبة للدعاوى التى ترفع عن موضوع واحد أمام مختلف جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعامة ، وسواء أكانت تلك الدعاوى مدنية أم إدارية أم جنائية ، فى حين أن نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية إنما هو نص خاص ورد فى تشريع خاص وقصر ولاية السلطات القضائية العسكرية المنصوص عليها فيه على الفصل فى تنازع الاختصاص فى الدعاوى الجنائية التى تكون فيها تلك السلطات طرفا فى هذا التنازع فحسب ، وكان من المقرر أيضا أن الخاص يقيد العام ، فإن نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية يكون قائما لم ينسخه قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، ولا قانون الإجراءات والرسوم أمام تلك المحكمة الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، ولا قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والذى خصتها المادة ٢٥ ثانيا منه – دون غيرها – بالفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، ويكون لكل من النصين مجال تطبيقه ، لا يتداخلان ولا يبغيان . يؤيد بقاء نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية قائما ، استثناء من النصوص الواردة فى التشريعات العامة اللاحقة ، أنه ظل ماضيا فى تحقيق الغرض الذى سن من أجله تشريع عسكرى روعيت فيه – وعلى ما جاء عن هذا النص فى المذكرة الايضاحية « اعتبارات خاصة سواء بالنسبة للأفراد أو بالنسبة للجرائم وعقوباتها ، الأمر الذى أصبح معه حق السلطات العسكرية فى تقدير ما إذا كانت الجريمة

داخلة فى اختصاص التشريع العسكرى أولا حقا واضحا يتمشى مع الهدف من القانون العسكرى » سواء فى ظل قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ – من قبل – والذى كان ينص فى المادة ١٧ منه على محكمة تنازع الاختصاص ، أم فى ظل قانون كلتا المحكمتين العليا والدستورية – من بعد – الذى نقل الفصل فى تنازع الاختصاص – على التعاقب – إليها ، فقد جرى قضاء هذه المحكمة – محكمة النقض – على تطبيق نص المادة ٤٨ المشار إليه بهذا المفهوم على التنازع السلبى بين السلطات القضائية العسكرية وبين المحاكم العادية ، وألزمت هذه المحاكم بالفصل فى أية جريمة ترى تلك السلطات عدم اختصاصها بها اعتبارا بأن قرارها فى هذا الشأن هو القول الفصل الذى لا يقبل تعقيبا ! .

الطعن رقم ٣٨٢٣ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ١٢ / ١١ / ١٩٨٦

رشوة . سرقة . قبض . مسئولية جنائية « موانع المسئولية » .

● قيام رئيس نقطة الشرطة المعروض عليه الرشوة بفحص بلاغ الشاكية ليس فيه ما يخالف القانون .

– مناط توافر حالة الضرورة المانعة من المسئولية الجنائية ألا يكون لإرادة الجانى دخل فى قيامها .

قيام رئيس نقطة الشرطة بفحص بلاغ الشاكية عن واقعة السرقة المدعاة ليس فيه ما يخالف القانون ، بل إن القانون يوجب عليه هذا الإجراء ، وليست التحقيقات أو جمع الاستدلالات بحالة الضرورة المعرفة فى القانون والتى ترفع المسئولية الجنائية عن المتهم بعرض الرشوة ، إذ يشترط فى حالة الضرورة ألا يكون لإرادة الجانى دخل فى حلولها ولم يكن يقصد من تصرفه غير الخلاص من شر محيق ودفع مضرة لا يبررها القانون ، وإلا كان للمرء أن يرتكب جرما ثم يُقارف جريمة للنجاة من ذلك الجرم .

الطعن رقم ٣٣٠٧ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ٢٢ / ١٠ / ١٩٨٦

١ – إثبات « شهادة » . دفاع « الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره » . محكمة الموضوع « سلطتها فى تقدير الدليل » .

● قدرة الشاهد على التمييز . شرط للأخذ بشهادته .

● جواز رد الشاهد لعدم قدرته على التمييز . المادتان ٢٨٧ إجراءات ، ٨٢ إثبات .

٢ – محكمة الموضوع « سلطتها فى تقدير الدليل » . إثبات « بوجه عام » .

أخذ المحكمة بشهادة ضرير . لاعيب . مادامت الشهادة لا تعتمد على الرؤية ويتمتع الشاهد بباقى الحواس الطبيعية ..

٣ – دستور . شريعة إسلامية . قانون « تطبيقه » . إثبات « شهود » « شهادة » .

النص فى المادة الثانية من الدستور . على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع . دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يسنه من قوانين . أثر ذلك ؟! .

– الشارع لم يقيد القاضى الجنائى فى المحاكمات الجنائية بتوافر الإبصار فى الشاهد . أساس ذلك ؟ .

١ – الأصل فى الشهادة ، هو تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، فهى تقتضى بداهة فيمن يؤديها القدرة على التمييز ، لأن مناط التكليف بأدائها ، هو القدرة على تحملها ، ولذا فقد أجازت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ، التى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية ، رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز ، لهرم أو حداثة أو مرض ، أو لأى سبب آخر ، مما مقتضاه أنه يتعين على محكمة الموضوع ، إن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية حول قدرته على التمييز أو على الإدراك بالحاسة التى استمد منها

شهادته ، أن تحقق هذه المنازعة بلوغا إلى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة الشاهد على تحمل الشهادة أو تمكنه منها ، أو أن ترد عليها بما يفندها .

٢ - لما كان الحكم المطعون فيه قد عرض لما أثاره الدفاع فى هذا الشأن بقوله « إن ما تعاه الدفاع من القول بأن الشاهد الثانى (على محمود عبد القطب) لا يبصر ، فإن ذلك الأمر على فرض قيامه ، لا يؤثر فيما يدركه الشاهد بما له من حواس أخرى لمعرفة أصحاب القطع المجاورة لأرضه والقائمين بزراعتها والمتصلين بها ... » وهو من الحكم كاف وسائغ ، مادام أنه لم ينسب إلى الشاهد المذكور فى مدوناته أن مصدر معلوماته هو الرؤية ، وإذ كان الطاعن لا يمارى فى طعنه أن الشاهد يتمتع بسائر الحواس الطبيعية ، فلا على الحكم إن هو أخذ بشهادته ، ولو كانت شهادة سماعية ، لما هو مفروض أن القانون لا يمنع المحكمة من الأخذ برواية منقولة عن شهودها ، متى آنست الصدق فيها واقتنعت بصدورها عمن نقلت عنه ، ولو نفى الأخير الإدلاء بها إلى غيره من شهود .

٣ - لما كان ما نص عليه الدستور فى المادة الثانية منه ، من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، ليس واجب الإعمال بذاته ، إنما هو دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، فيما يستنه من قوانين ، فإن أحكام الشريعة الغراء ، لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نصِّ الدستور بادى الذكر إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام فى نصوص تشريعية محددة ومنضبطة فنقلها إلى مجال العمل والتطبيق ، وإذ كان الشارع لم يقيد القاضى الجنائى فى المحاكمات الجنائية بتوافر الإبصار فى الشاهد ، وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته من أى دليل يطمئن إليه مادام أن له مأخذه الصحيح من الأوراق ، فإن تعويل الحكم المطعون فيه - ضمن ما عول عليه - على شهادة شاهد لا يبصر ، لا تكون فيه مخالفة للقانون .

الطعن رقم ٣٣٩٢ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ١٥ / ١٠ / ١٩٨٦

دفوع . نظام عام . دعوى مدنية « قبولها » . محكمة الموضوع « سلطتها » .

- الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التى يصح إثارتها أمام محكمة النقض لأول مرة لتعلق هذه الدعوى بصوالح خاصة . مثال .

- لايشترط لرفع الجنحة المباشرة وجود محضر جمع استدلالات أو تحقيق نيابة سابق . أساس ذلك .

الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التى يصح إثارتها أمام محكمة النقض لأول مرة لتعلق هذه الدعوى بصوالح خاصة ولئن كانت محكمة أول درجة وإن حصلت فى مدونات حكمها دفع الطاعن بعدم قبول الدعوى المدنية ، تأسيسا على نص المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية ، إلا أن البين من محاضر الجلسات الاستئنافية أن الطاعن لم يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة ثانى درجة ، فضلا عن أن ما نصت عليه المادة المذكورة فى فقرتها الأخيرة من أن « لا يجوز أن يترتب على تدخل المدعى بالحقوق المدنية تأخير الفصل فى الدعوى الجنائية وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول تدخله » مفاده أن الحكم بعدم قبول تدخل المدعى بالحقوق المدنية ، إنما هو رخصة للمحكمة خولها الشارع إياها فى الحالة التى ترى فيها أن قبول الدعوى المدنية - واختصاصها بها استثنائى - من شأنه أن يؤخر الفصل فى الدعوى الجنائية - واختصاصها بها أصيل وأهميتها اجتماعيا تفوق الدعوى المدنية - وذلك بسبب يرجع إلى المدعى بالحقوق المدنية ، فإذا هى لم تر فى تدخله تعطيلا للفصل فى الدعوى الجنائية - وتقدير ذلك من شأنها بغير معقب - ومضت فى نظر الدعويين - كالحال فى الدعوى المطروحة ، فإن فصلها فيهما

معناه أن التعطيل المدَّعى لم يصح لديها فانتفى موجب استعمال تلك الرخصة ، وهو الشأن فيما نصت عليه المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية - فى شطرها الأخير - من أنه إذا رأت المحكمة الجنائية أن الفصل فى الدعوى المدنية « يستلزم إجراء تحقيق خاص ينبنى عليه إرجاء الفصل فى الدعوى الجنائية ، فعندئذ تحيل المحكمة الدعوى إلى المحكمة المدنية بلا مصاريف » لما كان ذلك ، وكان القانون الجنائى - فيما عدا ما استلزمه من وسائل خاصة فى الإثبات - قد فتح بابه أمام القاضى الجنائى على مصراعيه يختار من كل طرقه ما يراه موصلا إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر مع حرية مطلقة فى تقدير ما يعرض عليه ووزن قوته التدليلية فى كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل قضية وظروفها ، فإنه لا تثريب على المحكمة فى استدلالها على مقارفة الطاعن جريمة التبديد بصورة عقد الإيجار الصادر له من المدعى بالحقوق المدنية ، ذلك أن من سلطتها أن تأخذ من أى بينة أو قرينة ترتاح إليها دليلا لحكمها ، مما تصبح معه دعوى الطاعن بقصور هذا الاستدلال مجرد جدل موضوعى لا شأن لمحكمة النقض به . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية لا تشترط لرفع الدعوى مباشرة من المدعى بالحقوق المدنية وجود محضر جمع استدلالات من الشرطة أو تحقيقات سابقة فيها من النيابة ، بل إن هذا الحق قد خول أصلا للمدعى بالحقوق المدنية للمحافظة على حقوقه فى الحالات التى لا تقوم الشرطة أو النيابة بالتحقيقات فيها بناء على شكوى المجنى عليه .

الطعن رقم ٨١٨٥ لسنة ٥٤ قضائية
جلسة ٨ / ١٠ / ١٩٨٦

١ - زنا . شكوى . دعوى « انقضاؤها بالتنازل » . دعوى مدنية . ترك « تنازل » أثره ؟ .

- التنازل عن الشكوى . أثره ؟ انقضاء الدعوى الجنائية .
- التنازل لا يجوز الرجوع فيه ولو كان ميعاد الشكوى مازال ممتدا .
- التنازل فى خصوص جريمة الزنا ينتج أثره بالنسبة للدعويين المدنية والجنائية .

٢ - محكمة النقض « سلطتها » . طعن « أسباب الطعن . ما يقبل منها . الخطأ فى تطبيق القانون » .

قصر ما يعيب الحكم على خطأ فى تطبيق القانون . على المحكمة تصحيحه .

١ - التنازل عن الشكوى من صاحب الحق فيها يترتب عليه بحكم الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية انقضاء الدعوى الجنائية ، ومتى صدر هذا التنازل ممن يملكه قانونا يتعين إعمال الآثار القانونية له ، كما لا يجوز الرجوع فيه ولو كان ميعاد الشكوى مازال ممتدا ، لأنه من غير المستساغ قانونا العودة للدعوى الجنائية بعد انقضائها ، إذ الساقط لا يعود ، فإن الدعوى الجنائية فى الواقعة المطروحة تكون قد انقضت بالتنازل قبل رفعها من النيابة العامة ، دون أن ينال من الانقضاء العدول عن التنازل اللاحق لحصوله . لما كان ذلك ، وكان انقضاء الدعوى الجنائية بالتنازل هو عقبة إجرائية تحول دون اتخاذ إجراءات فيها اعتبارا من تاريخ الانقضاء ، وينبنى عليه عدم قبول الدعوى الجنائية إذا رفعت فى مرحلة تالية له ، وكان عدم قبول الدعوى الجنائية بالنسبة لواقعة ما ، يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها التى ترفع أمام المحاكم الجنائية تابعة لها .

٢ - لما كان التنازل فى خصوص جريمة الزنا ينتج أثره بالنسبة للدعويين الجنائية والمدنية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقر حصول التنازل عن الشكوى قبل رفع الدعوى الجنائية ، وتعرض مع ذلك لموضوع الدعوى المدنية التبعية وقضى فيها بإلزام الطاعنين بالتعويض

يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، متعينا نقضه فيما قضى به فى الدعوى المدنية والقضاء بعدم قبول هذه الدعوى .

الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٥٦ قضائية
جلسة ٤ / ٦ / ١٩٨٦

١ - مواد مخدرة . جلب .

- جلب مواد مخدرة . ماهيته ؟
- تعريف الإقليم الجمركى والمياه الإقليمية .

٢ - جلب . اختصاص « اختصاص إقليمى » . قانون « سريانه من حيث المكان » « قانون دولى » .

- الأصل سريان قانون العقوبات على كل من يرتكب جريمة منصوصا عليه فيه أيا كانت جنسيته متى وقعت فى الأراضى والمياه الاقليمية .
- إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وممثليها الدبلوماسيين والعسكريين الأجانب من الخضوع للقضاء المصرى . أساس ذلك : القانون الدولى .
- امتداد اختصاص القضاء الجنائى المصرى إلى السفن التجارية الأجنبية عند وجودها فى المياه الإقليمية فى حالات منها ضرورة القضاء على الاتجار غير المشروع فى المواد المخدرة .

١ - الجلب فى حكم القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ ليس مقصورا على استيراد الجواهر المخدرة من خارج الجمهورية وإدخالها المجال الخاضع لاختصاصها الإقليمى كما هو محدد دوليا ، بل إنه يمتد أيضا إلى كل واقعة يتحقق بها نقل الجواهر المخدرة على خلاف الأحكام المنظمة لجلبها المنصوص عليها فى الفصل الثانى من القانون المذكور فى المواد من ٣ إلى ٦ إذ يبين من استقراء هذه النصوص أن الشارع اشترط لجلب الجواهر المخدرة أو تصديرها الحصول على ترخيص كتابى من جهة الإدارة المختصة لا يمنح إلا للفئات المبينة بالمادة الرابعة ولا تسلم

الجواهر المخدرة التى تصل إلى الجمارك إلا بموجب إذن سحب كتابى تعطيه الجهة الإدارية المختصة للمرخص له بالجلب أو لمن يحل محله فى عمله وأوجب على مصلحة الجمارك فى حالتى الجلب والتصدير تسلم إذن السحب أو التصدير من صاحب الشأن وإعادته إلى الجهة الإدارية المختصة ، كما يبين من نصوص المواد الثلاث الأولى من قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٦ أنه يقصد بالإقليم الجمركى المياه الإقليمية الخاضعة لسيادة الدولة وأن الخط الجمركى هو الحدود السياسية الفاصلة بين الجمهورية والدول المتاخمة وكذلك شواطئ البحار المحيطة بالجمهورية وتعتبر خطا جمركيا ضفتا قناة السويس وشواطئ البحيرات التى تمر بها هذه القناة ويمتد نطاق الرقابة الجمركية البحرى من الخط الجمركى إلى مسافة ثمانية عشر ميلا بحريا فى البحار المحيطة به ومفاد ذلك أن تخطى الحدود الجمركية أو الخط الجمركى بغير استيفاء الشروط التى نص عليها القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ والحصول على الترخيص المطلوب من الجهة الإدارية المنوط بها منحه يعد جلبا محظورا .

٢ - يعتبر ضمن إقليم الدولة الأرض التى تحدها حدودها السياسية بما فيها من أنهار وبحيرات وقنوات وموانئ فضلا عن المياه الإقليمية ولا يستثنى من هذا الأصل إلا ما تقتضيه قواعد القانون الدولى من إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وممثليها الدبلوماسيين والأفراد العسكريين الأجانب من الخضوع للقضاء الاقليمى . ويمتد اختصاص القضاء الإقليمى الجنائى إلى السفن التجارية الأجنبية الراسية فى الميناء ، فى حدود ما أقرته اتفاقية جنيف المعقودة سنة ١٩٥٨ التى نصت على حق الدولة فى التعرض للسفن التجارية الأجنبية أثناء مرورها بالموانى أو المياه الاقليمية فى حالات من بينها أن يكون هذا التدخل ضروريا للقضاء على اتجار غير مشروع فى المواد المخدرة ، ثم أكدته - من بعد - اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - التى وقعت عليها مصر بتاريخ ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٨٢ وصدقت عليها بالقرار الجمهورى

رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٣ الصادر فى ٣٠ من إبريل سنة ١٩٨٣ ووافق مجلس الشعب عليها فى ٢٢ من يونيو سنة ١٩٨٣ وأودعت وثيقة التصديق عليها لدى الأمين العام للأمم المتحدة - بالنص فى المادة ٢٧ منها على أن « ١ - لا ينبغى للدولة الساحلية أن تمارس الولاية الجنائية على ظهر سفينة أجنبية مارة خلال البحر الإقليمى من أجل توقيف أى شخص أو إجراء أى تحقيق بصدد أية جريمة ارتكبت على ظهر السفينة أثناء مرورها إلا فى الحالات التالية فقط : (أ) .. (ب) ... (جـ) .. (د) أو إذا كانت هذه التدابير لازمة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التى تؤثر على العقل » . وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن إذن التفتيش قد صدر من وكيل نيابة الميناء ببور سعيد بناء على تحريات الشرطة التى أسفرت عن أن الطاعن قد جلب مخدرات على باخرة لبنانية رست فى الميناء ، فإن الإذن يكون قد صدر ممن يملك إصداره ، لما للسلطات المصرية - فى هذه الحالة - من حق القيام بإجراءات التفتيش والضبط التى تسمح بها قوانينها فى المراكب التجارية التى تكون راسية فى مياهها الإقليمية أو موجودة فى مياهها الداخلية ويكون منعى الطاعن بعدم اختصاص مُصدر الإذن باصداره قولا إن السفينة تحمل علما أجنبيا فلا تخضع لقانون الدولة غير سديد .

الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٥٦ القضائية

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٨٦

تفتيش « التفتيش بدون إذن » « التفتيش الإدارى » . دفوع « الدفع ببطلان التفتيش » . محال عامة . حكم « تسبيب . تسبيب معيب » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » .

متى يصبح المحل العام خاصاً يتمتع بحرمة المسكن ؟ .

وجوب تحقق المحكمة من وقت حصول الضبط وما إذا كانت المقهى مفتوحة

للجمهور أو مغلقة ، للوقوف على صحة أو عدم صحة الدفع ببطلان القبض والتفتيش .

مثال فى جريمة إعداد وإدارة وتهيئة مكان لتعاطى المخدرات .

رد الحكم المطعون فيه على دفع الطاعن ببطلان القبض والتفتيش بأن « لرجال السلطة العامة فى دوائر اختصاصاتهم دخول المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح وهو إجراء إدارى أكدته المادة ٤١ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ فى شأن المحال العامة ولمأمور الضبط القضائى أن يضبط ما تدركه حواسه لأول وهلة من جرائم وهو ما توافر فى هذه الدعوى لأن الرائد عادل عبد الغفار حسن شاهد المقهى مضاءً فى وقت متأخر من الليل دخل إليه لاستطلاع الأمر بموجب حقه المخول قانونا وشاهد لأول وهلة أن المقهى أعدت وهيئت لتعاطى المخدرات » - فى حين أنه من المقرر أن المحل العام يصبح خاصا فيتمتع بحرمة المسكن فى الأوقات التى يغلق فيها فى وجه الجمهور - فإذا كان الثابت من الحكم أن الضابط شاهد مقهى الطاعن مضاءة فى ساعة متأخرة من الليل فاقترب منها فشاهد دخانا ينبعث منها يخالطه رائحة الحشيش فدخل المقهى فوجد الطاعن ممسكا بنرجيلة نحاسية يمررها على الرواد - فإنه كان يقتضى على المحكمة أن تتحقق من وقت حصول الواقعة وما إذا كانت المقهى مفتوحة للجمهور أم مغلقة وكيفية دخول الضابط إليها وصولا إلى التحقق من صحة أو عدم صحة الدفع من حيث الواقع والقانون معا .

الطعن رقم ٦٠٥٤ لسنة ٥٤ القضائية

جلسة ٢٠ من مارس سنة ١٩٨٦

إيجار أماكن . قانون « تفسيره » تطبيقه « القانون الأصلح » نقض « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » .

- الحالات التى يحق فيها للمالك الحصول على ٥٠ ٪ من قيمة بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكن . وتلك

التى يحق له فيها الشراء . المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .
القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . يعتبر أصلح للمتهم من القانون القديم . متى تحققت موجباته . أساس ذلك وأثره ؟ مثال .

لما كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر قد صدر ونشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٣٠ من يوليه سنة ١٩٨١ وعُمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره – قبل الحكم نهائيا فى الدعوى الماثلة – ونص فى المادة ٢ منه على أن « يحق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠ ٪ من ثمن المبيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين – وعلى المستأجر قبل إبرام الاتفاق إعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك الحق فى الشراء إذا أبدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن مخصوما منه نسبة الـ ٥٠ ٪ المشار إليها خزانة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار إيداعا مشروطا بالتنازل عن عقد الإيجار وتسليم العين خلال شهر من تاريخ الإعلان – وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشترى بأن يؤدى للمالك مباشرة نسبة الـ ٥٠ ٪ المشار إليها » . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات تقضى بأنه إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يطبق دون غيره – وإذ كان الفعل المسند إلى الطاعن هو حصوله على مبلغ من المال ثمنا لتنازله عن حق الانتفاع بالمحل المؤجر له فإن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ آنف الذكر بما نص عليه فى المادة ٢٠ منه يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم فى حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات إذ أنشأ له مركزا قانونيا أصلح بما اشتملت عليه أحكامه من جعل الاتهام الذى نسبته النيابة العامة إلى الطاعن بمنأى عن التأثيم إذا

ما تحققت موجباته ويكون هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى وكان على الحكم المطعون فيه اتباعه دون غيره لأنه صدر بعد وقوع الفعل وقبل ٢٢ / ٣ / ١٩٨٢ تاريخ صدور الحكم المطعون فيه أما والحكم لم يفعل فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ٧٠٤٢ لسنة ٥٥ القضائية
جلسة ٦ من مارس سنة ١٩٨٦

١ – اختصاص « الاختصاص الولائى » . محكمة أمن الدولة . طوارئ . ذبح أنثى ماشية قبل استبدال قواطعها . ذبح ماشية خارج السلخانة .

اختصاص المحاكم العادية بكافة الجرائم . إلا ما نص على انفراد غيرها به . الجرائم المنصوص عليها فى المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ . انعقاد الاختصاص بها لكل من القضاء العادى ومحكمة أمن الدولة طوارئ . أساس ذلك ؟ .

٢ – اختصاص « الاختصاص الولائى » ذبح أنثى ماشية قبل استبدال قواطعها . ذبح ماشية خارج السلخانة . ارتباط « عقوبة الجرائم المرتبطة » قانون « تفسيره » .

اختصاص محكمة الجنايات . وحدها . بنظر جريمة ذبح أنثى ماشية قبل استبدال قواطعها . واشتراك محكمة أمن الدولة الجزئية . مع القضاء العادى . فى الاختصاص بنظر جريمة ذبح ماشية خارج السلخانة المسندة أيضا للمطعون ضده . وجوب أن تتبع الجريمة الثانية ، الجريمة الأولى فى التحقيق والإحالة والاختصاص . أساس ذلك ؟ .

٣ – اختصاص « الاختصاص الولائى » . نقض « ما يجوز الطعن فيه من الأحكام » . « حالات الطعن . الخطأ فى القانون » « نظر الطعن والحكم فيه » .

جواز الطعن بالنقض فى الحكم بعدم الاختصاص الولائى إذا كان منهيا للخصومة . على خلاف ظاهره . مثال .

حجب الخطأ القانونى المحكمة عن نظر الموضوع . وجوب أن يكون النقض مقرونا بالإحالة إلى المحكمة التى أصدرته . من غير اشتراط أن تكون مشكلة من قضاة آخرين . المادة ٤٤ / ١ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

١ - لما كان قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٠ لسنة ١٩٨١ بإعلان حالة الطوارئ وأمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ بإحالة بعض الجرائم إلى محاكم أمن الدولة طوارئ ومنها الجرائم المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين وقد خلا كل منها كما خلا أى تشريع آخر من النص على إفراد محاكم أمن الدولة المشكلة وفق قانون الطوارئ وحدها - دون سواها - بجرائم المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ آنف البيان - وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن محاكم أمن الدولة محاكم استثنائية اختصاصها محصور فى الفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه ولو كانت فى الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها وكذلك القوانين المعاقب عليها بالقانون العام وتحال إليها من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه ، وأن الشارع لم يسلب المحاكم صاحبه الولاية العامة شيئا ألبتة من اختصاصها الأصيل الذى أطلقته الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل ليشمل الفصل فى الجرائم كافة إلا ما استثنى بنص خاص وبالتالى يشمل هذا الاختصاص الفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل ، فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه فى هذا الشأن يكون غير سديد .

٢ - لما كانت جريمة ذبح حيوان مخصص لحمه للاستهلاك الآدمى خارج الأماكن المعدة لذلك والمنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين يعاقب عليها بعقوبة الجنحة

وتشترك فى الاختصاص بنظرها مع المحاكم العادية - صاحبة الولاية العامة الأصلية - محاكم أمن الدولة الجزئية المنصوص عليها فى قانون الطوارئ وذلك عملا بالفقرة الخامسة من المادة الأولى من أمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ والمادة السابعة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدل فى حين أن جريمة ذبح أنثى الماشية قبل استبدال قواطعها المسندة كذلك إلى المطعون ضده ، معاقب عليها بعقوبة الجناية وهى ليست من الجرائم التى تختص محاكم أمن الدولة العليا « طوارئ » بنظرها وبالتالى فإن قالة اختصاص هذه المحاكم بها لارتباطها بجريمة ذبح الماشية خارج السلخانة لا تتفق والتفسير الصحيح للمادة الثانية من أمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ والتى يجرى نصها بأنه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة أووقعت عدة جرائم مرتبطة بعضها ببعض لغرض واحد وكانت إحدى تلك الجرائم داخلة فى اختصاص محاكم أمن الدولة فعلى النيابة العامة تقديم الدعوى برمتها إلى محاكم أمن الدولة « طوارئ » وتطبق هذه المحاكم المادة ٣٢ من « قانون العقوبات » ، ذلك أن قواعد التفسير الصحيح للقانون تستوجب بحكم اللزوم العقلى أن تتبع الجريمة ذات العقوبة الأخف الجريمة ذات العقوبة الأشد المرتبطة بها فى التحقيق والإحالة والمحاكمة وتدور فى فلكها بموجب الأثر القانونى للارتباط ، بحسبان أن عقوبة الجريمة الأشد هى الواجبة التطبيق على الجريمتين وفقا للمادة ٣٢ من قانون العقوبات وإذ كانت جريمة ذبح أنثى الماشية قبل استبدال قواطعها سالفة الذكر تختص بنظرها محكمة الجنايات وحدها وهى المحكمة الأعلى درجة من محكمة أمن الدولة الجزئية « طوارئ » التى تشترك مع القضاء العام فى الاختصاص بنظر جريمة ذبح ماشية خارج السلخانة المسندة أيضا إلى المطعون ضده فإنه يتعين أن تتبع الجريمة الأخيرة ، الجريمة الأولى فى التحقيق والإحالة والاختصاص بالمحاكمة وهو ما يوجبه نص المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ من إحالة

الجرائم التى تختص بها محاكم من درجات مختلفة إلى المحكمة الأعلى درجة وهى قاعدة عامة واجبة الاتباع فى المحاكمات الجنائية ، ومن ثم يكون قضاء الحكم المطعون فيه فى هذا الشأن على غير سند من القانون .

٣ - لما كان قضاء محكمة جنايات شبين الكوم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وبإحالتها إلى النيابة العامة لاتخاذ شئونها فيها وما أوردته بأسباب الحكم من أن الاختصاص الفعلى إنما هو لمحكمة أمن الدولة « طوارئ » - هو فى حقيقته قضاء منه للخصومة على خلاف ظاهره ذلك أن التهمة الأولى المسندة إلى المطعون ضده هى جناية ذبح أنثى ماشية قبل استبدال قواطعها ولا تختص محاكم أمن الدولة « طوارئ » بنظرها فإنها ستحكم حتما بعدم اختصاصها بنظر الدعوى فيما لو رفعت إليها من النيابة العامة ، ومن ثم فإن الطعن فى الحكم يكون جائزا ومستوفيا للشكل المقرر فى القانون . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد أخطأت فى قضائها بعدم الاختصاص مع أن القانون يجعل لها ولاية الفصل فى الدعوى ، وقد حجبها هذا الخطأ عن نظر الموضوع فإنه يتعين الحكم بقبول الطعن شكلا ونقض الحكم المطعون فيه والإعادة إلى المحكمة التى أصدرته لنظر الموضوع وذلك عملا بالمادة ٤٤ / ١ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض من غير اشتراط أن تكون محكمة الإعادة فى هذه الحالة مشكلة من قضاة آخرين - على خلاف حالات النقض الأخرى إذا وقع بطلان فى الحكم والتى نصت عليها المادة ٣٩ / ٢ من القانون ذاته .

الطعن رقم ٥٥٦٩ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٨٦

١ - دعوى جنائية . حكم « قوة الشيء المحكوم فيه » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » .

كون حكم محكمه الجنايات بعدم اختصاصها بنظر الدعوى سوف يقابل حتما بعدم الاختصاص من محكمة أمن الدولة طوارئ . اعتباره منهيا للخصومة على خلاف ظاهره . فيكون الطعن بالنقض جائزا .

٢ - اختصاص « الاختصاص الولائى » . محكمة الجنايات .. اختصاصها . محكمة أمن الدولة طوارئ . قانون « تفسيره » . « عقوبة .. ارتباط » .

- المحاكم العادية صاحب الولاية العامة . محاكم أمن الدولة المنشأة طبقا لقانون الطوارئ استثنائية . إحالة بعض الجرائم المعاقب عليها بالقانون العام إليها . لا يسلب المحاكم العادية اختصاصها بالفصل فى هذه الجرائم .

- قواعد التفسير الصحيح للقانون تستوجب بحكم اللزوم العقلى والمنطقى أن تتبع الجريمة ذات العقوبة الأخف الجريمة ذات العقوبة الأشد المرتبطة بها فى التحقيق والإحالة والاختصاص بالمحاكمة بموجب الأثر القانونى للارتباط .

١ - الحكم المطعون فيه الصادر من محكمة الجنايات بعدم اختصاصها بنظر الدعوى يعد منهيا للخصومة على خلاف ظاهره لأن محكمة جنايات أمن الدولة العليا « طوارئ » سوف تقضى حتما بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لو رفعت إليها ، فإن الطعن بالنقض يكون جائزا .

٢ - لما كانت جريمة إحراز مطواة قرن غزال بدون ترخيص المسندة إلى المطعون ضده والمنصوص عليها فى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٨١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر معاقبا عليها بعقوبة الجنحة ، وتشترك فى الاختصاص بنظرها مع القضاء العام ، صاحب الولاية العامة الأصلية ، محكمة أمن الدولة الجزئية المنصوص عليها فى قانون الطوارئ ، وذلك عملا بالفقرة الثالثة من أمر رئيس الجمهورية رقم (١) لسنة ١٩٨١ والمادة السابعة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدل ، فى حين أن جريمة الشروع فى سرقة

بالإكراه المسندة كذلك إلى المطعون ضده ، معاقب عليها بعقوبة الجناية ، وهى ليست من الجرائم التى تختص محاكم أمن الدولة العليا طوارئ بنظرها ، وبالتالى فإن قالة اختصاص هذه المحاكم بها ، لارتباطها بجريمة إحراز السلاح الأبيض بدون ترخيص ، لا تتفق والتفسير الصحيح للمادة الثانية من أمر رئيس الجمهورية (١) لسنة ١٩٨١ والتى يجرى نصها على أنه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة أو وقعت عدة جرائم مرتبطة بعضها ببعض لغرض واحد وكانت إحدى تلك الجرائم داخلة فى اختصاص محاكم أمن الدولة فعلى النيابة العامة تقديم الدعوى برمتها إلى محاكم أمن الدولة « طوارئ » وتطبق هذه المحاكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات » ذلك أن قواعد التفسير الصحيح للقانون تستوجب بحكم اللزوم العقلى أن تتبع الجريمة ذات العقوبة الأخف الجريمة ذات العقوبة الأشد المرتبطة بها فى التحقيق والإحالة والمحاكمة وتدور فى فلكها ، بموجب الأثر القانونى للارتباط ، بحسبان أن عقوبة الجريمة الأشد هى الواجبة التطبيق على الجريمتين وفقا لنص المادة ٣٢ من قانون العقوبات ، وإذ كانت جريمة الشروع فى سرقة بالإكراه تختص بنظرها محكمة الجنايات وحدها وهى المحكمة الأعلى درجة من محكمة أمن الدولة الجزئية طوارئ التى تشترك مع القضاء العام فى الاختصاص بنظر جريمة إحراز السلاح الأبيض بدون ترخيص السندة أيضا إلى المطعون ضده ، فإنه يتعين أن تتبع الجريمة الأخيرة الجريمة الأولى فى التحقيق والإحالة والاختصاص بالمحاكمة وهو ما يوجبه نص المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ من إحالة الجرائم التى تختص بها محاكم من درجات مختلفة إلى المحكمة الأعلى درجة ، وهى قاعدة عامة واجبة الاتباع فى المحاكمات الجنائية .

الطعن رقم ٥٢١٣ لسنة ٥٤ قضائية

جلسة ١ / ١ / ١٩٨٦

١ - جريمة « أركانها » . تسعيرة . قانون « تفسيره » . حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » .

- تحقق جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة . متى أنكر حائزها وجودها . أو أخفاها حابسا لها عن التداول . أيا كان القصد من ذلك .

- عدم جواز تخصيص النص بغير مخصص .

٢ - تسعيرة . نقض « حالات الطعن بالنقض » الخطأ فى تطبيق القانون » .

- وجود السلعة فى محل التجارة ولو لم تكن ظاهرة . اعتبار ذلك عرضا للبيع .

- إنكار وجود السلعة أو إخفاؤها وحبسها عن التداول من جانب البائع . اعتبار ذلك امتناعا عن البيع .

١ - فرض القانون على التجار بيع السلعة المسعرة متى توافرت لهم حيازتها فى محالهم أو مخازنهم ، بحيث إذا امتنعوا عن البيع منكرين وجود السلعة أو مخفين لها حابسيها عن التداول ، اعتبروا ممتنعين عن بيعها بالسعر المحدد لها جبرا دون أن يقبل منهم التعلل بأية علة ، وهذا الامتناع معاقب عليه سواء كان مقصودا به طلب سعر يزيد على السعر المحدد أو لم يكن ، ولا يصح تخصيص عموم النصّ بغير مخصص ، ولا صرفه عما يحقق الغاية التى تغياها الشارع من تقريره .

٢ - إن وجود السلعة فى محل التجارة ولم لم يكن فى مكان ظاهر للعيان يصح اعتباره عرضا للبيع وإنكار وجودها من جانب البائع يصح عده امتناعا عن البيع ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بالبراءة إلى مجرد قالة إن المطعون ضده لم يقصد من امتناعه عن البيع

إلى خلق سوق سوداء لتحقيق ربح أكبر ، فإنه يكون قد أخطأ فى تأويل القانون بما يوجب نقضه .

الطعن رقم ٥٧١٦ لسنة ٥٥ قضائية
جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٥

تجريف . قانون « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » .

تجريف الأرض الزراعية لتحسينها زراعيا أو المحافظة على خصوبتها . غير معاقب عليه . القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ . وجوب تطبيقه باعتباره القانون الأصلح .

المادة ١٥٠ من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المضافة بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ – الذى صدر الحكم المطعون فيه فى ظله والواجب التطبيق على الطاعن باعتباره القانون الأصلح – قد جعلت فعل تجريف الأرض الزراعية أو نقل الأتربة منها لاستعمالها فى أغراض الزراعة أو لتحسين هذه الأرض زراعيا أو المحافظة على خصوبتها فى نطاق ما يحدده وزير الزراعة بقرار منه بما يتفق والعرف الزراعى فعلا غير معاقب عليه فى هذا النطاق ولا يحتاج إلى ترخيص .

الطعن رقم ١٧١٩ لسنة ٥٥ قضائية
جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٥

تسعيرة . جريمة « أركانها » . محكمة النقض . « سلطتها » .

– تمام عقد البيع . التراضى على البيع والثمن .
– استرداد البائع للسلعة . بعد تمام بيعها وتسليمها لا تتوافر به جريمة الامتناع عن بيعها – مثال .
– تقديم المتهم فاتورة الأصناف المبيعة . استيلاؤه عليها من بعد لخلاف على توضيح بياناتها . لا تقوم به جريمة عدم تقديم فاتورة البيانات المقررة .

إن التراضى على المبيع والثمن كافٍ فى الأصل لانعقاد البيع وتمامه ، ولما كان الثابت فى الواقعة المطروحة حصول البيع وتسليم المبيع وتحميله على العربة بمعرفة مرافق المشترى ، فإن ما نسبه المبلغ إلى المتهم من تكليف عماله بإنزال البضاعة من العربة إثر الخلاف حول توضيح بيانات الفاتورة الخاصة بالأصناف المبيعة لا تقوم به جريمة الامتناع عن البيع الذى تم وتنفذ بتسليم المبيع ، ويكون إسنادها إلى المتهم على غير أساس . لما كان ذلك ، وكانت الواقعة – وعلى ما يبين من الأوراق – لا تشكل جريمة أخرى ، فإنه يتعين القضاء ببراءة المتهم من التهمة الثانية المسندة إليه . لما كان ذلك ، وكان المبلغ لا يمارى فى أن المتهم قدم له فاتورة بالأصناف المبيعة عند طلبها منه ، وكان الثابت أنهما اختلفا حول توضيح بياناتها ، فإن ما أسنده المبلِّغ إلى المتهم من خطفه الفاتورة بعد أن تشادا ، لا تقوم به جريمة عدم تقديم فاتورة معتمدة بالبيانات المقررة قانونا موضوع التهمة الأولى المسندة إليه .

الطعن رقم ٢٥٨٤ لسنة ٥٥ قضائية
جلسة ٢٠ / ١١ / ١٩٨٥

١ – دستور « سريانه » . قانون « دستورية القوانين » . « إلغاؤه وتعديله » . إذن التفتيش « تسبيبه » . تفتيش « التفتيش بإذن » . نقض « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » .

– إذا تعارضت التشريعات مع الدستور وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوى فى ذلك أن يكون التعارض سابقا أو لاحقا على العمل بالدستور .
– نص الدستور على حظر دخول المسكن أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون . نص صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سنِّ تشريع أدنى . المادة ٤٤ من الدستور .

٢ – رشوة « جريمة عرض الرشوة » . « أركانها » . حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » .

اختصاص الموظف بالعمل الذى طلب إليه أداؤه أيا كان نصيبه فيه ركن فى جريمة عرض الرشوة . وجوب إثباته بما ينحسم به أمره وخاصة عند المنازعة فيه .

١ - إن الدستور هو القانون الوضعى الأسمى ، صاحب الصدارة ، وعلى ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه ، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، يستوى فى ذلك أن يكون التعارض سابقا أو لاحقا على العمل بالدستور ، فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سنّ تشريع أدنى ، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ، ويعتبر الحكم المخالف له فى هذه الحالة قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه . لما كان ذلك ، وكان الدستور قد نص فى المادة ٤٤ منه على أن « للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون» وهو نص عام مطلق لم يرد عليه ما يخصصه أو يقيده مما مؤداه أن هذا النص الدستورى يستلزم فى جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائى المسبب وذلك صونا لحرمة المسكن التى تنبثق من الحرية الشخصية التى تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذى يأوى إليه وهو موضع سره وسكينته ، ولذلك حرص الدستور على تأكيد حظر انتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه مالم يصدر أمر قضائى مسبب دون أن يستثنى من ذلك حالة التلبس التى لا تجيز - وفقا لنص المادة ٤١ من الدستور - سوى القبض على الشخص وتفتيشه أينما وجد .

٢ - من المقرر أن اختصاص الموظف بالعمل الذى طلب إليه أداؤه ، أيا كان نصيبه فيه ، ركن فى جريمة عرض الرشوة المنصوص عليها فى المادة ١٠٩ مكررا من قانون العقوبات مما يتعين إثباته بما ينحسم به أمر وخاصة عند المنازعة فيه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعرض ألبتة لما أثاره الطاعن من دفاع فى هذا الشأن ، يكون معيبا بما يبطله .

الطعن رقم ١٦٩٥ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٨٦

مبانى . قانون « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » . حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » .

إلغاء القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ عقوبة الحبس المقررة لجريمة المادة ٨١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ دون عقوبة الغرامة . أثره : اعتباره أصلح للمتهم بالنسبة لعقوبة الحبس . دون عقوبة الغرامة الواجب الحكم بها عند ثبوت التهمة .

إن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - الذى صدر أثناء نظر الدعوى - قد نص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤ منه على أنه « فيما عدا العقوبة المقررة لجريمة خلو الرجل تلغى جميع العقوبات المقيدة للحرية المنصوص عليها فى القوانين المنظمة لتأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وذلك دون إخلال بأحكام المادة السابقة » فغدا بهذه المثابة قانوناً أصلح للمطعون ضده لإلغائه عقوبة الحبس التى كانت مقررة بالمادة ٨١ من القانون رقم ٤٩ سنة ١٩٧٧ للجريمة موضوع الاتهام ، إلا أن الإلغاء لم يرد على عقوبة الغرامة التى أوجبتها هذه المادة ، وإذ لم يتفطن الحكم المطعون فيه لذلك وقضى بالبراءة استنادا إلى أن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد ألغى العقوبة المقررة لجريمة هدم البناء بقصد التوصل إلى اعتباره آيلا للسقوط ، فإنه يكون مشوباً بالخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٠٠٠ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ٣ / ٤ / ١٩٨٥

نيابة عامة . نقض « المصلحة فى الطعن والصفة فيه » . « أسباب الطعن . ما لا يقبل منها » . طعن « الصفة فى الطعن » .

١ - للنيابة العامة الطعن فى الحكم ولو كانت المصلحة للمحكوم عليه . أساس ذلك .

٢ - مبانى . قانون « قانون أصلح » .

القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بشأن المبانى أصلح للمتهم بما تضمنته أحكامه من وقف نظر الدعاوى المنظورة أمام المحاكم لمخالفة أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ مالم يكن قد صدر فيها حكم نهائى وذلك للمدة التى تنتهى فى ٧ / ٥ / ١٩٨٥ وإعفاء الأعمال المخالفة التى لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه من الغرامة المقررة فى المادة الثالثة من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ .

١ - النيابة العامة فى مجال المصلحة أو الصفة فى الطعن خصم عادل تختص بمركز قانونى خاص لأنها تمثل الصالح العام وتسعى فى تحقيق موجبات القانون من جهة الدعوى الجنائية ، ومن ثم فإن لها بهذه المثابة أن تنهج سبيل الطعن بالنقض لمصلحة المحكوم عليه .

٢ - القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بشأن المبانى بما تضمنه من أحكام توجب وقف نظر الدعاوى المنظورة أمام المحاكم لمخالفة أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ، ما لم يكن قد صدر فيها حكم نهائى ، وذلك للمدة التى تنتهى فى ٧ يونيو ١٩٨٥ ، وتعفى من الغرامة المقررة فى المادة الثالثة سالفة البيان الأعمال المخالفة التى لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه ، يكون أصلح للمتهم ، ويكون هو القانون الواجب التطبيق على المحكوم عليه مادامت الدعوى الجنائية المرفوعة عليه لم يفصل فيها بحكم بات عملا بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات .

الطعن رقم ٢٩١٣ لسنة ٥٤ قضائية

جلسة ٢ / ٤ / ١٩٨٥

١ - تفتيش « إذن التفتيش » تلبس . دستور .

لا يضير الدولة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق .

٢ - جمارك . قانون « تفسيره » . إجراءات جمركية . بطلان . تفتيش « بغير إذن » . تهريب جمركى .

ما تجريه سلطات الجمارك من معاينة البضائع وأمتعة المسافرين نوع من التفتيش الإدارى الذى يختلف عن التفتيش المنصوص عليه فى الدستور وقانون الإجراءات الجنائية . أساس ذلك ؟

٣ - جمارك . مواد مخدرة . تفتيش « بغير إذن » . تلبس . مأمور الضبط القضائى .

- شروط توافر حالة التلبس .
- تخلى المطعون ضدهما عما يحملانه عند مشاهدتها مأمور الضبط القضائى . لا ينبئ بذاته عن توافر حالة التلبس .

١ - لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بغير وجه حق ، وإذ كان الدستور قد كفل هذه الحريات باعتبارها أقدس الحقوق الطبيعية للإنسان بما نص عليه فى المادة ٤١ منه من أن « الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبّس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون » .

٢ - من المقرر أن ما تجريه سلطات الجمارك من معاينة البضائع وأمتعة المسافرين هو نوع من التفتيش الإدارى الذى يخرج عن نطاق التفتيش بمعناه الصحيح الذى عناه الشارع فى المادة ٤١ سالفة البيان ، وإذ كان قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ قد قصر حق إجراء هذا النوع الخاص من التفتيش على موظفى الجمارك ، فإن مفاد ذلك أن يبقى سائر مأمورى الضبط القضائى فيما يجرونه من قبض وتفتيش داخل الدائرة الجمركية خاضعين للأحكام العامة المقررة فى هذا الشأن فى الدستور وقانون الإجراءات الجنائية .

٣ - من المقرر أن حالة التلبس تستوجب أن يتحقق مأمور الضبط القضائى من قيام الجريمة بمشاهدتها بنفسه أو بمشاهدته أثرا من آثارها ينبئ بنفسه عن وقوعها أو بإدراكها بحاسة من حواسه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه - فيما خلص إليه من بطلان القبض على المطعون ضدهما وتفتيشهما - قد التزم هذا النظر ، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح وأصاب محجة الصواب بما يضحى معه منعى الطاعنة غير سديد . لما كان ذلك وكان ما تثيره النيابة العامة الطاعنة بشأن خطأ الحكم فيما أورده من أن تخلى المطعون ضدهما عن المخدر كان لاحقا للقبض عليهما مخالفا ما حصله من أقوال الشهود من أن هذا التخلى كان سابقا على هذا القبض مردودا من ناحية بأن ما حصله الحكم عن واقعة التخلى واضح الدلالة على أنها تمت عند محاولة القبض عليهما أى قبل تمامه على خلاف ما تدعيه بوجه النعى كما أنه مردود من ناحية أخرى بأنه بفرض صحة ما تذهب إليه فإن تخلى المطعون ضدهما عما يحملانه عند مشاهدتهما مأمور الضبط القضائى يهم باللحاق بهما لا ينبئ بذاته عن توافر جريمة متلبس بها تجيز لمأمور الضبط القضائى القبض على المتهم وتفتيشه .

الطعن رقم ١٢٣٠ لسنة ٥٤ القضائية
جلسة ٢٨ من مارس سنة ١٩٨٥

قانون « تطبيقه » . طوارئ . تفويض . قرارات إدارية . حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » . نقض « أسباب الطعن . مالا يقبل منها » .

- لرئيس الجمهورية ، متى أعلنت حالة الطوارئ . اتخاذ التدابير المنصوص عليها فى المادة ٣ من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ . دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائيه .
- اتخاذ هذه التدابير . من جهة الإدارة المختصة . بمقتضى أوامر شفوية . جائز

بشرط تعزيزها كتابة خلال ثمانية أيام . وجوب أن يكون المعزيز مطروحا أمام محكمة الموضوع متى تعلقت التدابير بحرية الأفراد .
- لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس .

لما كانت المادة الثالثة من القانون ١٦٢ سنة ١٩٥٨ قد نصت على أنه « لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص : ١ - وضع قيود على حرية الأشخاص فى الاجتماع والانتقال والمرور فى أماكن وأوقات معينة والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم والترخيص فى تفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية ثم نصت فى عجزها على أنه يشترط فى الحالات العاجلة التى تتخذ فيها التدابير المشار إليها فى هذه المادة بمقتضى أوامر شفوية أن تعزز كتابة خلال ثمانية أيام » وكان قد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٨١ بإعلان حالة الطوارئ اعتبارا من ٦ / ١٠ / ٨١ ثم صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٢ سنة ٨١ فى ذات التاريخ بتفويض السيد نائب رئيس الوزراء ووزير الداخلية فى اختصاصات رئيس الجمهورية المنصوص عليها فى المادة ٣ من قانون ١٦٢ سنة ٥٨ - لما كان ذلك ولئن كان من المقرر قانونا طبقا لما سلف أن القرار الذى تصدره جهة الإدارة المختصة باتخاذ التدابير المنصوص عليها فى المادة الثالثة من القانون ١٦٢ سنة ٥٨ من الجائز أن يكون شفاهة إلا أن ذلك مشروط بأن يعزز كتابة من مصدره خلال ثمانية أيام على النحو المستفاد من المادة سالفة الذكر كما يتعين أن يكون هذا التعزيز مطروحا أمام محكمة الموضوع وهذا الإيجاب يكون لازما فى حالة تعلق هذه التدابير بحريات الأفراد . لما كان ذلك وكان الثابت من محاضر جلسة المحاكمة ومدونات الحكم أنه صدر خطاب من وزير الداخلية بإنشاء نقاط التفتيش بتاريخ ١٧ / ١٠ / ٨١ ولم يكن مطروحا على محكمة

الموضوع صدور أوامر شفوية من السيد نائب رئيس الوزراء ووزير الداخلية بتاريخ ١٠ / ١٠ / ٨١ بإنشاء نقاط التفتيش وإنما جاء ذلك فى خطاب السيد مساعد وزير الداخلية المؤرخ ٢٤ / ١١ / ١٩٨٣ واللاحق لصدور الحكم المطعون فيه . لما كان ذلك ، وكانت النيابة العامة لا تدعى أنها أثارت أمام محكمة الموضوع صدور هذه الأوامر الشفوية باتخاذ التدابير بإنشاء نقاط التفتيش فى تاريخ سابق على واقعة الضبط وتقديم ما يدل على صدور تعزيز لهذه الأوامر الشفوية من مُصدرها فى الميعاد المحدد قانونا فإن منعاها فى هذا الخصوص يكون غير سديد . لما كان ما تقدم وكان ما أورده الحكم سائغا ويستقيم به قضاؤه مما ينحسر عنه عيب الخطأ فى تطبيق القانون وكان من المقرر أنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون حق ، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا .

الطعن رقم ٦٣٨٢ لسنة ٥٢ قضائية

جلسة ١٩ من مارس سنة ١٩٨٥

١ – اشتباه . تشرد . جريمة « أركانها » . إثبات « بوجه عام » . حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » .

– ماهية الاشتباه فى حكم المادة الخامسة من القانون ٩٨ لسنة ١٩٤٥ فى شأن المتشردين والمشتبه فيهم ؟ .

– الاشتباه والسوابق قسيمان فى إبراز حالة الاشتباه .

– السوابق تكشف عن الاتجاه الخطر لا تنشئه .

– جواز الاعماد على الاتهامات المتكررة لإثبات حالة الاشتباه متى كانت قرينة البون نسبيا وتكشف عن خطورة المتهم .

٢ – قانون « تفسيره » . دستور.

نص الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع هى

دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يسنه من قوانين ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأخرج هذه الأحكام فى نصوص تشريعية محددة ومنضبطة .

١ – لما كان من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن المادة الخامسة من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ فى شأن المتشردين والمشتبه فيهم – إذ عدت مشتبها فيه من حكم عليه أكثر من مرة فى إحدى الجرائم الواردة به – ومنها الجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة – أو اشتهر عنه لأسباب مقبولة بأنه اعتاد ارتكاب هذه الجرائم فقد دلت بذلك على أن الاشتباه حالة تقوم فى نفس خطرة قابلة للإجرام وهذا الوصف بطبيعته ليس فعلا يحس به من الخارج ولا واقعة مادية يدفعها نشاط الجانى إلى الوجود وإنما افترض الشارع بهذا الوصف كمون الخطر فى شخص المتصف به ورتب عليه محاسبته وعقابه . كما دلت على أن الاشتهار والسوابق قسيمان فى إبراز هذه الحالة الواحدة متعادلان فى إثبات وجودها وأن السوابق لا تنشئ بذاتها الاتجاه الذى هو مبنى الاشتباه وإنما هى تكشف عن وجوده وتدل عليه أسوة بالاشتهار ومن ثم جاز الاعتماد على الاتهامات المتكررة التى توجه إلى المتهم – ولو لم تصدر بشأنها أحكام ضده – متى كانت قرينة البون نسبيا وكانت من الجسامة والخطورة بما يكفى لاقتناع القاضى بأن صاحبها خطر يجب التحرز منه . لما كان ذلك ، وكانت الطاعنة لا تنازع فى أن الاتهامات التى عول عليها الحكم المطعون فيه بين ما عول – كانت قائمة بالفعل عند صدور الحكم – فإن ما تثيره بشأن عدم نهائية الأحكام الصادرة فيها يكون فى غير محله . لما كان ذلك ، وكان لا جناح على المحكمة إن هى استعانت فى عد المتهم مشتبها فيه بشواهد من صحيفة سوابقه ولو كانت قبل العمل بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٠ – الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم والذى أضاف جرائم القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة إلى الحالات التى يجوز توفر حالة

الاشتباه بها – ذلك أن المقصود هو مجرد الاستدلال على كمون الخطر فى نفس صاحبه عند المحاكمة وذلك لا يعد بسطا لآثار هذا القانون على وقائع سابقة على صدوره لأن المتهم فى الواقع وحقيقة الأمر لا يحاكم عن سوابقه الماضية وإنما يحاكم عن الحالة القائمة به وقتئذ مادام أن القاضى وهو بصدد بحث حالة المتهم القائمة ومحاسبته على اتجاهه الحاضر قد دلل على ما يصل ماضيه هذا بحاضره القائم – لما كان ذلك – وكان البين من مطالعة الحكم الابتدائى المؤيد والمكمل بالحكم المطعون فيه – أن المحكمة قد ربطت بين ما شهد به رجل الحفظ من نشاط مؤثم للطاعنة – بعد العمل بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٠ – وبين سابق اتهاماتها فى وقائع من ذات طبيعة هذا النشاط – فإنها تكون قد طبقت حكم القانون بما لا يقال معه إنها أعملت للقانون أثرا رجعيا ويضحى ما تنعاه الطاعنة فى هذا الخصوص غير سديد . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه – قد برر قضاءه بتبرئة الطاعنة من تهمة التشرد استنادا إلى أنها تحوز (شقة) تؤجرها للغير مفروشة وتدر عليها دخلا يفى بحاجتها ويفيض على نحو لا تتوافر معه جريمة التشرد فى حق الطاعنة والتى لا تقوم فى حق النساء إلا إن كانت الوسيلة غير المشروعة هى دون غيرها مصدر معيشتها – وبالتالى فلم ينف الحكم المطعون فيه عن الطاعنة اعتيادها ارتكاب الأفعال المخالفة للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ بما تقوم معه تهمة الاشتباه بغض النظر عما إذا كانت تجنى مالا من وراء ذلك أم لا – مادام أن الحكم قد أفصح عن اطمئنانه بأنها تعول فى معيشتها على مصدر رزق مشروع تنتفى معه جريمة التشرد ، ومن ثم فلا تناقض بين ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من تبرئة الطاعنة من التهمة الأولى وإدانتها عن الثانية .

٢ – ما نص عليه الدستور فى المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع – ليس واجب الإعمال بذاته – وإنما هو دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يستنه من قوانين ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة

لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأخرج هذه الأحكام فى نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ . لما كان ذلك فإن ما تثيره الطاعنة فى شأن نصاب الشهادة التى عول الحكم المطعون فيه عليها يكون على غير سند من القانون .

الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٥ القضائية

جلسة ١٣ من مارس سنة ١٩٨٦

١ – قانون « تفسيره » « تطبيقه » « التفويض التشريعى » لوائح . قرارات وزارية . اختصاص « اختصاص القضاء العسكرى » . ضرب أفضى إلى الموت . خضوع ضباط وأفراد هيئة الشرطة . لقانون الأحكام العسكرية مقصور على الجرائم النظامية البحتة . أساس ذلك ؟

صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعى . رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه .

تطبيق نص القانون . عند التعارض بينه وبين نص وارد فى لائحة أو قرار . واجب . مثال .

٢ – قانون « إلغاؤه » . اختصاص « الاختصاص الولائى » . دفوع « الدفع بعدم الاختصاص » . نقض « أسباب الطعن . مالايقبل منها »

عدم إلغاء التشريع . إلا بتشريع لاحق أعلى منه . أو مساوٍ له فى مدارج التشريع . الإلغاء الصريح والضمنى للقانون ؟

اختصاص المحاكم العادية . دون سواها . بجرائم القانون العام . التى يرتكبها أفراد هيئة الشرطة . أساس ذلك .

١ – تنص المادة ٩٩ من القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ فى شأن هيئة الشرطة على أن « يخضع الضباط بالنسبة إلى الأعمال المتعلقة بقيادة قوة نظامية لقانون الأحكام العسكرية كما يخضع للقانون المذكور أمناء ومساعدو الشرطة وضباط الصف والجنود ورجال الخفر النظاميون

فى كل مايتعلق بخدمتهم . وتوقع المحاكم العسكرية الجزاءات المقررة فى هذا القانون أو فى قانون الأحكام العسكرية ويحدد وزير الداخلية بقرار منه بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للشرطة جهات وزارة الداخلية التى تتولى الاختصاصات المنصوص عليها فى القانون المذكور للجهات المبينة فيه ، كما يصدر القرارات المنظمة لإنشاء السجون العسكرية الخاصة بأعضاء هيئة الشرطة» . فقد دلت بذلك – وعلى مايبين من وضوح عبارات النص – أنها خاصة بالجرائم النظامية فحسب . وليس أدل على ذلك من النص على أن توقع المحاكم العسكرية الجزاءات المقررة فى هذا القانون أو فى قانون الأحكام العسكرية ، والجزاءات المنصوص عليها فى قانون هيئة الشرطة سواء المتعلقة بالضباط أو بغيرهم كلها جزاءات تأديبية بحتة حتى جزاء الحبس أو السجن وفقا لقانون الأحكام العسكرية المنصوص عنه فى الفقرة ١١ من المادة ٨٠ التى عددت الجزاءات التأديبية التى يجوز توقيعها على أمناء الشرطة ، والفقرة ١١ من المادة ٩٢ الخاصة بالجزاءات التى يجوز توقيعها على ضباط الصف وجنود الدرجة الأولى وكذلك الفقرة ١١ من المادة ٩٦ الخاصة بالجزاءات التى يجوز توقيعها على رجال الخفر النظاميين ولايقدح فى ذلك ماجاء فى المذكرة الإيضاحية للمادة ٩٩ من القانون من أنه « وتوقع المحاكم العسكرية متى انعقد لها الاختصاص الجزاءات المقررة فى هذا القانون أو فى قانون الأحكام العسكرية فلها اختصاص تأديبى إلى مالها من اختصاص جنائى » . ذلك أن الإحالة إلى الجزاءات المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٨ بما فيها من جزاءات شبه جنائية إنما يشمل فقط تلك الجزاءات المقررة للجرائم النظامية البحتة وليست العقوبات الجنائية بالمعنى الصحيح والمقررة لجرائم القانون العام – وهذا المعنى واضح من صريح عبارات نص المادة ٩٩ المذكورة والتى لالبس فيها ولاغموض بل وهو مايؤكده نص المادة الأولى من قانون هيئة الشرطة والذى جاء فيه أن الشرطة هيئة مدنية

نظامية بوزارة الداخلية ، وماجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة والتى جاء بها « احتفظت المادة الأولى من المشروع بتعريف هيئة الشرطة الوارد فى المادة ١ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٦٤ من أن الشرطة هيئة مدنية نظامية وبذلك أكدت أن هيئة الشرطة هى هيئة مدنية ، فهى جهاز من الأجهزة المدنية بالدولة وليست جهازا عسكريا ، إلا أنها تفترق عن غيرها من الأجهزة المدنية فى أنها ليست مدنية بحتة وإنما هى هيئة نظامية يسود تكوينها علاقات تختلف عن العلاقات المدنية البحتة وخاصة واجب المرؤوس فى طاعة رئيسه وواجب الرئيس فى قيادة مرؤوسيه والسيطرة على القوة الموضوعة تحت قيادته » وإذن فمتى كان ذلك ، وكانت المادة ٩٩ سالفة الذكر قد أناطت بوزير الداخلية – بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للشرطة – تحديد جهات وزارة الداخلية التى تتولى الاختصاصات المنصوص عليها فى القانون المذكور كما أناطت به إصدار القرارات المنظمة لإنشاء السجون العسكرية الخاصة بأعضاء هيئة الشرطة – فإن هذا التفويض التشريعى ينحصر فيما نصت عليه هذه المادة ولايجوز لوزير الداخلية أن يتعدى نطاقه بخلق اختصاصات أخرى غير المنصوص عليها فى القانون وإذ كان قد صدر قرار وزير الداخلية رقم ٩٩٢ لسنة ١٩٧٧ بتاريخ ٢٤ من إبريل سنة ١٩٧٧ فى شأن تنظيم القضاء العسكرى ، متضمنا فى المادة الأولى منه النص على اختصاص إدارة القضاء العسكرى بتنفيذ قانون الأحكام العسكرية بالنسبة لأفراد هيئة الشرطة ومن ذلك إجراء التحقيق فى جرائم القانون العام فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة المذكورة والتصرف فى هذه القضايا ، كما نص فى المادة الثالثة على أن تتولى فروع الادعاء العسكرى « النيابة العسكرية » اختصاصات النيابة العسكرية المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ وكذلك على اختصاص المحكمة العسكرية العليا بنظر الجنايات التى تدخل فى اختصاص القضاء العسكرى واختصاص المحكمة المركزية بنظر كافة الجنح والمخالفات التى تقع فى اختصاصها

طبقا للقانون – فإنه يكون قد خرج بذلك عن حدود التفويض التشريعى فى كل مانص عليه متعلقا بجرائم القانون العام .

٢ – من المقرر أن صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعى رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه ، وأنه عند التعارض بين نصين أحدهما وارد فى القانون والآخر فى لائحته التنفيذية فإن النص الأول هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة – ومن ثم فإن ماورد فى قرار وزير الداخلية سالف الذكر الذى يعد خروجا عن حدود التفويض المرسوم له فى القانون لايعتد به ولايكون له أى أثر على اختصاصات النيابة العامة المنصوص عليها فى القانون كاملة ، كما لايكون له أدنى أثر على اختصاص المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة – دون سواها – بالفصل فى كافة الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص عملا بالفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . ويستوى فى ذلك أن تكون الجريمة معاقبا عليها بموجب القانون العام أو بمقتضى قانون خاص . وإذا كان من المقرر أن التشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساوٍ له فى مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع وإذ كان الثابت أن قانونا لاحقا لم يصدر استثنى أفراد هيئة الشرطة من اختصاص المحاكم العادية فيما يتعلق بجرائم القانون العام ، فإن القول بعدم اختصاص القضاء العادى بنظر الدعوى استنادا إلى القرار الوزارى سالف الذكر هو اجتهاد غير جائز بل هو دفع قانونى ظاهر البطلان .

الطعن رقم ٨١١٤ لسنة ٥٤ قضائية

جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥

١ – محاماة . قانون « تفسيره » اختصاص .

خلو قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من نص ينظم الطعن فى القرارات الصادرة برفض طلب القيد فى جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض لايعنى عدم اختصاص محكمة النقض بنظره . أساس ذلك ؟

٢ – قانون . التفسير التشريعى « الأثر الرجعى للقانون » محاماة .

– معيار تنازع القوانين من حيث الزمان ؟

– النص القانونى الجديد . عدم انعطاف أثره على الماضى مالم ينص فى غير المواد الجنائية على سريانه بأثر رجعى . مثال .

١ – من المقرر أنه ولئن خلا قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ٨٣ من نص ينظم الطعن فى قرارات لجنة القيد بجدول المحامين المقبولين امام محكمة النقض ، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن تكون تلك القرارات بمنأى عن رقابة القضاء لما ينطوى عليه ذلك من مصادرة لحق التقاضى ، وافتئات على حق المواطن فى الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى ، اللذين كفلهما الدستور فى المادة ٦٨ منه ، فضلا عن أن مبدأ الطعن قد تقرر فى التشريع ذاته بالنسبة لكافة القرارات التى تصدر برفض طلبات القيد بالجداول الأخرى ، وليس ثمة وجه للمغايرة فى هذا الخصوص بينها وبين القرارات التى تصدر برفض القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض . لما كان ذلك ، وكان من سلطة الشارع استمدادا من التفويض المقرر له بمقتضى المادة ١٦٧ من الدستور أن يسند ولاية الفصل فى بعض المنازعات الإدارية – التى يختص القضاء الإدارى بها طبقا للمادة ١٧٢ من الدستور – إلى هيئات قضائية أخرى وفقا لمقتضيات الصالح العام ، وكان الشارع إعمالا لهذه السلطة ، قد درج – حين سن قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦٨

لسنة ١٩٦١ - على نزع ولاية الفصل فى الطعون فى القرارات الصادرة برفض طلبات القيد بجميع جداول المحامين - بغير استثناء - من القضاء الادارى ، وأسندها إلى القضاء العادى ، وكان الشارع بما نص عليه فى المواد ١٩ ، ٢٣ ، ٣٦ من قانون المحاماة القائم ، من اختصاص محكمة استئناف القاهرة بالفصل فى الطعون فى القرارات الصادرة برفض طلبات القيد فى الجدول العام للمحامين وجدولى المحامين المقبولين أمام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ، وبما نص عليه فى المادة ٤٤ منه من اختصاص الدائرة الجنائية بمحكمة النقض بالفصل فى الطعون فى القرارات التى تصدر بنقل اسم المحامى إلى جدول المحامين غير المشتغلين ، قد أفصح عن التزامه فى التشريع القائم بذات نهجه فى التشريع السابق ، من نزع الاختصاص بالفصل فى الطعون فى قرارات رفض طلبات القيد بجدول المحامين ، من ولاية القضاء الإدارى ، والإبقاء على ماكان معمولا به فى ظل قانون المحاماة السابق ، من إسناد تلك الولاية بغير استثناء إلى القضاء العادى .

٢ - لما كان الطاعن قد قيد بجدول المحامين المقبولين أمام محاكم الاستئناف فى الثالث من مارس سنة ١٩٧٦ ثم قدم طلب القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض فى الخامس من مارس سنة ١٩٨٣ ، وأرفق به المستندات الدالة على توافر شروط القيد فى ذلك الجدول ومايفيد سداد رسوم القيد وعدم صدور أحكام تأديبيّة ، ضده ألبتة ، إعمالا لنص المادتين ٨٠ ، ١٦٥ من قانون المحاماة القائم وقتذاك الصادر به القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ، وإذ عرض الطلب على اللجنة المختصة فقد أصدرت قرارا غير مسبب برفضه ، بتاريخ ٣١ من مايو سنة ١٩٨٣ . لما كان ذلك ، وكانت وقائع الطعن الماثل ، قد تمت فى الفترة بين تاريخ العمل بقانون المحاماة السابق آنف الذكر وبين تاريخ إلغائه بالقانون الحالى الصادر به القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ والمعمول به فى الأول من إبريل سنة ١٩٨٣ ، فإن القانون السابق يكون هو السارى على الوقائع المذكورة بما فى ذلك ما اشترطه فى

المحامى طالب القيد بجدول المحامين أمام محكمة النقض من أن يكون قد اشتغل بالمحاماة فعلا لمدة سبع سنوات على الأقل أمام محاكم الاستئناف ، وهو ماكانت تنص عليه المادة ٨٠ منه - وليس القانون الحالى الذى زاد تلك المدة إلى عشر سنوات فى المادة ٣٩ منه ، لما هو مقرر بالنسبة لتنازع القوانين من حيث الزمان ، أن القانون بوجه عام يحكم الوقائع والمراكز القانونية التى تتم فى الفترة بين تاريخ العمل به وبين تاريخ إلغائه وأن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تتم بعد نفاذه ولايسرى بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر الأثر الرجعى بنص خاص ، وهو ماخلا منه القانون القائم ، فلا يسرى على حالة الطاعن الذى اكتملت عناصر الواقعة المنشئة لحقه فى القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض - بتقديم الطلب مستوفيا شروط قبوله إلى اللجنة المختصة بنظره - قبل نفاذه .

الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ٥٥ قضائية
جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥

امتناع موظف عن تنفيذ حكم . قانون « تفسيره » جريمة . أركانها . عقوبة .

- إعلان الصورة التنفيذية للحكم المنفذ به إلى الموظف المختص المطلوب إليه تنفيذه . شرط لانطباق المادة ١٢٣ عقوبات . لايغنىٌ من ذلك الإعلان للغير .

- مبدأ شخصية العقوبة . مؤداه ؟

إعلان السند التنفيذى إلى المدين تطبيقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من قانون المرافعات إجراء لازم قبل الشروع فى التنفيذ أيا كان نوعه - وإلا كان باطلا ، ولايغنى عنه مجرد إعلان الموظف

المختص المطلوب منه التنفيذ بصحيفة الجنحة المباشرة المرفوعة عليه بطلب عقابه طبقا لنص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات . ذلك بأنه لايتصور أن يكون الشارع بإغفال النص على هذا الإجراء فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات قد قصد الخروج على القواعد العامة لتنفيذ الأحكام إذ إن الغاية التى استهدفها الشارع من سبق إعلان السند التنفيذى إلى المدين تطبيقا لنص المادة ٢٨١ من قانون المرافعات إنما هى إعلانه بوجوده وإخطاره بما هو ملزم بأدائه على وجه اليقين وتحديد إمكان مراقبة استيفاء السند المنفذ به جميع الشروط الشكلية والموضوعية . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد اقترن بالصواب ولا يغير من ذلك أن يكون السند التنفيذى قد أعلن من قبل لغير المطعون ضدهما إذ الأصل عدم جواز العقاب إلا لمن تحققت بالنسبة له أركان الجريمة لأن العقوبة شخصية لايحكم بها إلا على من ارتكب الجريمة أو شارك فيها .

الطعن رقم ٨٠٧٢ سنة ٥٤ قضائية
جلسة ٤ فبراير سنة ١٩٨٥

١ – عمل . قانون . « تفسيره » موظفون عموميون .

– علاقة رؤساء مجالس إدارة شركات القطاع العام بهذه الشركات علاقة عمل تعاقدية .

– رئيس مجلس إدارة شركة القطاع العام يعتبر فى عداد العاملين بها .

– يحكم العلاقة التعاقدية هذه أحكام قانون العمل ونظم العاملين بالقطاع العام ومن بينها النظام الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ باعتباره متمما لعقد العمل .

– رئيس مجلس إدارة شركة القطاع العام لا يعد موظفا عاما فى مفهوم الموظف العام بالرغم من أن تعيينه ونقله وإعارته يكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء . علة ذلك ؟

٢ – عمل . قانون « تطبيقه » موظفون عموميون .

– العاملون فى شركات القطاع العام لايعدون فى حكم الموظفين العامين إلا بنص خاص من المشرع كالشأن فى جرائم الرشوة واختلاس المال العام وغيرها من الجرائم الواردة فى البابين الثالث والرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات .

– نطاق تطبيق المادة ١٢٣ عقوبات بفقرتيها مقصور على الموظف العام دون من فى حكمه .

– انتهاء الحكم المطعون فيه إلى عدم توافر أركان الجريمة المنصوص عليها فى المادة سالفة الذكر . لأن المطعون ضده بصفته رئيس مجلس إدارة إحدى شركات القطاع العام لايعد موظفا عاما فى حكم هذا النص . صحيح .

١ – من المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة – بدوائرها الجنائية والمدنية – أن علاقة رؤساء مجالس إدارة شركات القطاع العام بهذه الشركات فى ظل النظم المتعاقبة للعاملين بها هى علاقة عمل تعاقدية يتوافر فيها عنصر التبعية المميز لعقد العمل فيعتبر رئيس مجلس إدارة الشركة فى عداد العاملين بها ويعد عمله وظيفة من وظائفها يتقاضى عنها أجرا مقابل انصرافه لهذا العمل وتفرغه لشئونها شأنه فى ذلك شأن سائر العاملين بالشركة ، ومن ثم فإن تلك العلاقة التعاقدية تنظمها أحكام قانون العمل ونظم العاملين بالقطاع العام ومن بينها النظام الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ – الذى يحكم واقعه الدعوى – باعتباره متمما لعقد العمل والذى نص فى المادة الأولى منه على أن « تسرى أحكام هذا القانون على العاملين فى شركات القطاع العام وتسرى أحكام قانون العمل فيما لم يرد به نصّ فى هذا القانون » ولايغير من طبيعة تلك العلاقات مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٢ من القانون المشار إليه من أن شغل وظائف رئيس وأعضاء مجلس الإدارة يكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء ، ومانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩ منه من أن نقل رئيس مجلس إدارة الشركة وإعارته يكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الجمعية العمومية للشركة لأن ذلك لايعدو فى حقيقته أن يكون تنظيما للعلاقة التعاقدية

القائمة بين رئيس مجلس الإدارة وبين الشركة التى يعمل بها بالإضافة إلى ان أداة التعيين أو النقل والإعارة لاتضفى عليه صفة الموظف العام مادامت عناصرها غير متوافرة فى حقه وهى أن يعهد إلى الشخص بعمل دائم فى خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بأسلوب الاستغلال المباشر عن طريق شغله منصبا يدخل فى التنظيم الإدارى لذلك المرفق ، مما مؤداه أن رئيس مجلس الإدارة لايعد موظفا عاما فى مفهوم الموظف العام .

٢ - لما كان الشارع كلما رأى اعتبار العاملين فى شركات القطاع العام فى حكم الموظفين العامين فى موطن ما أورد به نصا كالشأن فى جرائم الرشوة واختلاس المال العام وغيرها من الجرائم الواردة فى البابين الثالث والرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات ، وكان نطاق تطبيق المادة ١٢٣ من قانون العقوبات مقصورا - وفق صريح نصها فى فقرتيها - على الموظف العام كما هو معرف به فى القانون دون من فى حكمه ، فلا يدخل فى هذا النطاق العاملون فى شركات القطاع العام وعلى رأسهم رئيس مجلس الإدارة ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى عدم توافر أركان الجريمة المنصوص عليها فى المادة المشار إليها لأن المطعون ضده - بصفته رئيسا لمجلس إدارة إحدى شركات القطاع العام - لايعد موظفا عاما فى حكم هذا النص ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون .

الطعن ٤٨٧٧ سنة ٥١ قضائية

جلسة ١٠ من مارس سنة ١٩٨٢

شرط قبول الاعتذار بالجهل بحكم قانون غير قانون العقوبات . عقد الزواج على امرأة متزوجة بآخر . باطل لا أثر له . ولايثبت النسب . أساس ذلك .

من المقرر أنه يشترط لقبول الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات ، أن يقيم من يدعى هذا الجهل الدليل على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده الذى اعتقده ، بأنه يباشر عملا مشروعا كانت له أسباب معقولة . وهذا هو المعول عليه فى القوانين التى أخذ عنها الشارع أسس المسئولية الجنائية وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون فإنه مع تقرير قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون أورد فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات أنه لاجريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية : أولا : إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه . ثانيا : إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه ، وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة ، كما أورد فى المادة ٦٠ من قانون العقوبات ، أن أحكام هذا القانون لاتسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة . لما كان ذلك ، وكان دفاع الطاعن بحسن نيته فى إسناد نسب المولودة إليه لأن شريكته فى الإثم قررت له أنها حملت منه وأن الولد للفراش ، لا ينهض بمجرده سندا للتمسك بالاعتذار بحكم من أحكام قانون الأحوال الشخصية ، الذى يحرم الزواج بمن هى فى عصمة زوج آخر ، مادام لم يقدم الدليل القاطع على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعا كانت له أسباب معقولة - وهو ما لا يجادل الطاعن فى أنه لم يقدم الدليل عليه إلى محكمة الموضوع - فإن النعى على الحكم فى هذا المنحى يكون بعيدا عن الصواب . لما كان ذلك ، وكان المستفاد من كتب الحنفية أن أرجح الأقوال فى عقد الزواج على امرأة متزوجة بآخر ، أنه عقد باطل لا أثر له ولايثبت النسب ، وتجب فيه الحيلولة بين الرجل والمرأة وعدم تمكينها من الدخول . فإذا ما ارتكبت المعصية ووقع الدخول بالمرأة

فلا يؤثرهذا الدخول على العقد ولايرفع عنه البطلان ولايثبت به النسب . ويجب التفريق بينهما جبرا إن لم يفترقا اختيارا . وإذا كان الرجل والمرأة اللذان ارتكبا المعصية عاقلين عالمين بالتحريم فإنه يجب عليهما حد الزنا - وهذا هو المتفق عليه أيضا فى مذاهب الأئمة الثلاثة (الشافعى ومالك وابن حنبل) . ولما كان من المقرر كذلك فى فقه الشريعة الإسلامية ، وعلى ماجرى به قضاء دائرة الأحوال الشخصية بهذه المحكمة (محكمة النقض) أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وملك اليمين ومايلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهه ، وأن النص على أن الولد للفراش إنما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لابعد ذلك ، وكان عقد الطاعن على المتهمة الأخرى ، كما سلف البيان عقدا باطلا ، فإنه لايثبت به نسب إلى الطاعن ، ومن ثم يكون النعى فى هذا الخصوص بعيدا عن محجة الصواب . لما كان ذلك ، وكان عقد الزواج هو وثيقة رسمية يختص بتحريرها موظف عام هو المأذون الشرعى ، وهذه الورقة قد أسبغ عليها القانون الصفة الرسمية لأنه بمقتضاها تقوم الزوجية قانونا بين المتعاقدين وتكون للآثار المترتبة عليها متى تمت صحيحة - قيمتها إذا ماجد النزاع بشأنها ، ومناط العقاب على التزوير فى وثيقة الزواج ، هو أن يقع تغيير الحقيقة فى إثبات خلو أحد المتعاقدين من الموانع الشرعية مع العلم بذلك ، فكل عبث يرمى إلى إثبات غير الحقيقة فى هذا الصدد يعد تزويرا وكون المرأة فى عصمة آخر هو من الموانع الشرعية للزواج - على ماسلف بيانه - وإثبات المأذون الشرعى خلو الزوجين من الموانع بعد إذ قرر أمامه الطاعن والمتهمة الأخرى بذلك مع أنهما يعلمان أنها فى عصمة آخر ، تتحقق به جريمة الاشتراك فى تزوير وثيقة الزواج مع العلم بذلك ، وإذ استعمل الطاعن هذه الوثيقة بأن قدمها إلى الجهة المختصة بإثبات واقعات الأحوال المدنية سندًا لما دوّن فيها وهو على بينة من أمرها فإن جريمة استعمال محرر رسمى مع العلم بتزويره تتوافر قبله ويكون الحكم المطعون فيه إذ دانه بهذه

الجريمة قد اقترن بالصواب . ولايغير من ذلك أن تكون النيابة العامة قد أمسكت عن تقديم الطاعن للمحاكمة بتهمة الاشتراك فى تزوير ذلك المحرر ، لأن عدم تقديمه للمحاكمة بالتهمة المذكورة - فى هذه الدعوى - لا أثر له فى توافر أركان جريمة استعمال المحرر المزور والتى دلل الحكم المطعون فيه على قيامها . لما كان ذلك وكان استعمال الورقة مع العلم بذلك ، يعاقب عليه القانون ، ولو كان محل ذلك محررا باطلا ، لاحتمال حصول الضرر منه . ذلك بأن المحرر الباطل وإن جرده القانون من كل أثر ، فإنه قد تتعلق به ثقة الغير ممن لايتضح أمامه مايشوبه من عيوب ويصح أن يخدع به من الناس من يفوتهم ملاحظة أو معرفة مافيه من عيوب أو نقص ، وهذا وحده كاف لتوقع حصول الضرر بالغير بسبب استعمال هذا المحرر فإذا ما استُعمل هذا المحرر بالفعل كما هو الحال فى هذه الدعوى - على ماأثبته الحكم المطعون فيه - ولم يكتشف من قدم إليه المحرر ، من موظفى مصلحة الأحوال المدنية تزويره وأثبت استنادا إليه بعض واقعات الأحوال المدنية من ثبوت نسب وعلاقة زوجية ، فإن الضرر يكون قد بات محققا ويكون منعى الطاعن فى هذا الشأن غير سديد . لما كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن السجلات والبطاقات وكافة المستندات والوثائق والشهادات المتعلقة بتنفيذ القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية ، تعد أوراقا رسمية فكل تغيير فيها يعد تزويرا فى أوراق رسمية وإثبات البنوة فى سجلات الأحوال المدنية وإثبات الزوجية والبنوة فى البطاقة العائلية بناء على مايقرره ويتصف به طالب القيد على غير الحقيقة يخضع للقواعد العامة فى قانون العقوبات ويخرج عن نطاق المادة ٥٩ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ سالف الذكر ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار أن اتفاق الطاعن مع الموظف المختص بالسجل المدنى لقيد واقعة الميلاد ونسب المولودة إلى الطاعن ، واتفاقه كذلك مع الموظف المختص بالبطاقات العائلية لإثبات قيام الزوجية بينه وبين المتهمة الأخرى وإثبات أن

المولودة منها ابنته يعد اشتراكا مع هذا الموظف وذلك فى ارتكاب تزوير فى محررين رسميين فإنه يكون قد طبق القانون على وقائع الدعوى التطبيق الصحيح ، ويكون منعى الطاعن غير مقبول .

أحكام نقض صادرة من الدوائر الجنائية منشورة فى مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض

الطعن ١٦٤٦ لسنة ٥٠ قضائية

جلسة ٢٣ من فبراير سنة ١٩٨١« س ٣٢ ص ١٧٦ »

إيجار أماكن . احتجاز أكثر من سكن . قانون « تطبيقه » « تفسيره » . حكم « تسبيبه ، تسبيب غير معيب » . قرارات إدارية .

احتجاز الشخص أكثر من مسكن فى البلد الواحد دون مقتض . مؤثم . المادة ٨ / ١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

النص فى الفقرة الأولى من المادة الثانية من قرار وزير الاسكان والمرافق رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ على اعتبار القاهرة الكبرى مدينة واحدة . نطاقه ؟ عدم جواز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه . علة ذلك ؟

لما كانت الفقرة الأولى من المادة ٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر نصت على أنه « لايجوز للشخص أن يحتجز فى البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتض » ونص فى المادة ٧٦ على عقاب كل من يخالف الحظر المذكور وعلى أن يحكم فضلا عن العقوبة بإنهاء عقد السكن أو المساكن المحتجزة بالمخالفة لحكم القانون ، وكان البين من قرار وزير الإسكان والمرافق رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ الذى يشير الطاعن إلى أنه خاص بتبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر وأنه قد نص فى الفقرة الأولى من مادته الثانية على أنه « يجوز بأحياء كل من مدينتى القاهرة والاسكندرية تبادل الوحدات السكنية بين المستأجرين بسبب ظروف العمل إذا كانت مقار أعمالهم تبعد عن محال إقامتهم ، وفى تطبيق هذا الحكم تعتبر القاهرة الكبرى (القاهرة – الجيزة – شبرا الخيمة) مدينة واحدة » مما مفاده أن اعتبار مدن القاهرة والجيزة وشبرا الخيمة

مدينة واحدة خلافا للأصل إنما يكون بصدد تبادل الشقق السكنية بين مستأجر وآخر دون غيره ، وهو مالا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه ، يؤكد ذلك أنه بالرجوع إلى مضبطة مجلس الأمة ، الجلسة التاسعة والثلاثين فى ١٣ يوليو ١٩٦٩ أنه حين عرض الفقرة الأولى من المادة ٨ من القانون رقم ٥٢ سنة ١٩٦٩ وهى مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه ، اقترح أحد أعضاء المجلس اعتبار القاهرة الكبرى بلدا واحدا ليسر الانتقال بين القاهرة والجيزة ، أو بين شبرا وشبرا الخيمة ، فلم يوافق المجلس على هذا الاقتراح مما لامحل معه للقول به ، ومن ثم يكون النعى على الحكم بقالة الخطأ فى تطبيق القانون فى هذا الشأن غير سديد[1] .

---

(١) قارن نقض مدنى فى الطعن رقم ٢٥٠٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٤ من يناير سنة ١٩٨٧ (لم ينشر بعد) وقد ورد فيه أن المشرع وقد نصّ فى المادة الأولى من قوانين إيجار الأماكن المتعاقبة على سريان أحكامها على « البلاد المعتبرة مدنا » بالتطبيق لأحكام قوانين الحكم المحلى المواكبة . وعمد فى بعض نصوص إلى استعمال لفظ « المدينة » وهى إحدى وحدات الحكم المحلى المتمثلة فى المحافظة والمركز والمدينة والقرية والحى ، ومن ذلك النص فى المادة ٢١ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن التأجير المفروش ، وعنى فى نصوص أخرى باستخدام لفظ « البلد » ومن ذلك النص فى المادة ٧ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تبادل الوحدات السكنية المقابلة للمادة ٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . وفى المادة ٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن الاحتجاز المقابلة للمادة ٥ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، فإنه يكون قد أفصح صراحة عن حرصه على إظهار التباين والاختلاف بين مدلول لفظ « البلد » وبين مدلول أى من وحدات الحكم المحلى ، ويكون قد كشف فى ذات الوقت عن اتجاه إرادته إلى إعمال كل نص فى النطاق المكانى الذى حدده به تبعًا للصياغة التى التزمها باستخدامه لفظًا معينًا دون آخر . وإذ كان مدلول البلد لغة ينصرف إلى الرقعة السكانية المتصلة والنطاق العمرانى الممتد ، وهو بهذا المفهوم يخرج عن نطاق أى من وحدات الحكم المحلى ، فقد يشمل أكثر من وحدة إما نتيجة امتداد العمران فيها فاتصلت مبانيها وأضحت تكون بلدًا واحدًا وإما لأن المشرع ارتأى تقسيم البلد الواحد إلى أكثر من وحدة محلية ، ومما يؤكد هذا النظر أن المشرع فى مقام تبادل الوحدات السكنية التى أجازته المادة ٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقابلة للمادة ٧ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ حرص على استعمال لفظ « البلد » وأحال فى تحديد حالات وشروط تطبيق هذا النص إلى قرار يصدر من الوزير المختص . ونفاذًا للقانون ٥٢ لسنة

الطعن رقم ٢٣١٠ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٩ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٢٢١ »

قانون « تفسيره » « تطبيقه » « إلغاؤه » . عقوبة « تطبيقها » . حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » . دعوى جنائية « انقضاؤها بمضى المدة » دعوى مدنية « انقضاؤها بمضى المدة » .

وجوب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية . والتزام الدقة فى ذلك . وعدم تحميل عباراتها فوق ماتحتمل .

١٩٦٩ صدر قرار وزير الإسكان رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ ونص صراحة فى المادة الأولى منه على اعتبار القاهرة الكبرى التى تشمل مدن القاهرة والجيزة وشبرا الخيمة بلدًا واحدًا ، كما صدر قرار وزير الإسكان والتعمير رقم ٩٩ لسنة ١٩٧٨ باللائحة التنفيذية للقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ واعتد فى مجال تبادل الوحدات السكنية بسبب بعد موقع العمل – وكما جاء بالمادة ٣ / ثالثًا منه – بنطاق الأقاليم المحددة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧ الذى صدر استنادًا إلى قانون نظام الحكم المحلى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والذى اعتبر القاهرة والجيزة إقليمًا واحدًا أى بلدًا واحدًا فى مجال إعمال النص المشار إليه ، هذا بالإضافة إلى أن عدم موافقة مجلس الشعب إبان مناقشة المادة الخامسة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على الاقتراح بإضافة عبارة « القاهرة الكبرى تعتبر مدينة واحدة » إلى صلب المتن والاكتفاء بإثباته بالمضبطة ، لا يعنى رفض الاقتراح لأنه يخالف ما جاء بالنص وإنما يكشف عن أن صياغة المادة التى استخدم فيها لفظ « البلد » تؤدى ذات المعنى بما لا يحتاج إلى توضيح وإلا لأغفل إثباته بالمضبطة ، ومؤدى ما تقدم أن المشرع حيث يستعمل لفظ « البلد » فإنه ينصرف إلى مفهومه اللغوى الذى يتمثل فى الرقعة السكانية المتصلة والنطاق العمرانى الممتد دون تقييده بنطاق محدد محليًا ، لما كان ما تقدم وكانت المادة الثامنة من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ – المقابلة لنص المادة الخامسة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ – قد نصت على أنه « لا يجوز للشخص أن يحتجز فى البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتض» فإن مؤدى ذلك أن يتسع نطاق الحظر فى الاحتجاز بحيث يشمل الرقعة السكانية المتصلة والنطاق العمرانى الممتد ولو كان ذلك يشمل أكثر من وحدة من وحدات الحكم المحلى ، ولما كانت مدينتا القاهرة والجيزة تشكلان فى واقع الأمر كتلة سكانية واحدة فإنهما وفى مجال إعمال هذا النص تعدان بلدًا واحدًا ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ذات النتيجة فإن النعى عليه يكون على غير أساس .

صياغة النص فى عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيرا صادقا عن إرادة المشرع . عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل .

استعمال القوة أو التهديد للإخلال بحرية الانتخاب أو الاستفتاء أو بنظام إجراءاتها . مؤثم . المادتان ٤٥ ، ٤٦ من القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٦ .

سقوط الدعويين . العمومية والمدنية . فى الجرائم المنصوص عليها فى القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بمضى ستة أشهر من يوم إعلان نتيجة الانتخاب أو الاستفتاء أو من تاريخ آخر عمل متعلق بالتحقيق . المادة ٥٠ من ذات القانون .

عدم جواز الرجوع إلى القانون العام فيما نظمه قانون خاص . التشريع العام اللاحق . لاينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق . مثال .

لما كان من المقرر أن الأصل أنه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ماتحتمل ، وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لالبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة الشارع ولايجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيا كان الباعث على ذلك ، ولا الخروج على النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه ، وكان نص المادة ٤٦ من القانون ٧٣ سنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية جاء واضحا جليا فى معاقبة كل من أخل بحرية الانتخاب أو الاستفتاء أو بنظام إجراءاته باستعمال القوة أو التهديد بذات العقوبات الواردة بالمادة ٤٥ من القانون المذكور ، وهى الحبس أو الغرامة التى لاتتجاوز مائتى جنيه ، وكانت الواقعة حسبما حصلها الحكم المطعون فيه تتوافر فيها عناصر الجريمة المنصوص عليها فى تلك المادة وتخضع لحكمها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحا فيما انتهى إليه من إعمالها ، وإذ كانت المادة ٥٠ من ذات القانون قد نصت على أن تسقط الدعوى العمومية والمدنية فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون بمضى ستة أشهر من يوم إعلان نتيجة الانتخاب أو الاستفتاء أو من تاريخ آخر عمل متعلق بالتحقيق ، وكانت الطاعنة لاتمارى فيما استخلصه الحكم المطعون فيه من توافر شروط إعماله هذه

المادة على الدعوى المطروحة ، فإن مانعاه عليه من الخطأ فى تطبيق القانون لايكون سديدا . ولايغير من هذا النظر أن المادة ١٣٧ مكررا من قانون العقوبات المعدلة بالقانون ١٢٠ سنة ١٩٦٢ اللاحق للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ قد تضمنت المعاقبة بعقوبة الجناية لكل من استعمل القوة أو العنف أو التهديد مع موظف عام أو مكلف بخدمة عامة لحمله بغير حق على أداء عمل من أعمال وظيفته أو على الامتناع عنه ، ذلك أن القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية هو قانون خاص يتضمن تنظيما لأحكام الجرائم الواردة به ، ومن المقرر أنه مع قيام قانون خاص لايرجع إلى أحكام قانون عام إلا فيما لم ينتظمه القانون الخاص من أحكام ، وأن التشريع العام اللاحق لاينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق بل يظل التشريع الخاص قائما .

الطعن رقم ٢٤٠٢ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٢٧ من مايو سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٥٦٣ »

قانون « تطبيقه » الاعتذار بالجهل بالقانون » . إثبات « بوجه عام » حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » .

الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر . غير قانون العقوبات ، شرط قبوله : إقامة مدعى هذا الجهل الدليل على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده بشروعية عمله كانت له أسباب معقولة .

القضاء ببراءة المطعون ضدها . لمجرد القول بخلو الأوراق مما ينفى دفاعها بالجهل بالقاعدة الشرعية التى تحظر الجمع بين الزوجة وجدتها دون بيان الدليل على صحة ما ادعياه من اعتقادهما بأنهما كانا يباشران عملا مشروعا والأسباب المعقولة التى تبرر لديهما هذا الاعتقاد . قصور .

من المقرر أنه يشترط لقبول الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات أن يقيم من يدعى هذا الجهل الدليل

القاطع على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعا كانت له أسباب معقولة . وهذا هو المعول عليه فى القوانين التى أخذ عنها الشارع أسس المسئولية الجنائية وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون . فإنه مع تقديره قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون أورد فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات أنه لاجريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية . (أولا) إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه . (ثانيا) إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو مااعتقد أنه إجراء من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة » كما قال فى المادة ٦٠ من قانون العقوبات أن أحكام قانون العقوبات لاتسرى على كل فعل ارتكب بنيه سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر فى قضائه ببراءة المطعون ضدها على مجرد القول بخلو الأوراق مما ينفى دفاعها بالجهل بالقاعدة الشرعية التى تحظر الجمع بين الزوجة وجدتها دون ان يبين الدليل على صحة ما ادعاه المطعون ضدها من أنهما كانا يعتقدان أنهما كانا يباشران عملا مشروعا والأسباب المعقولة التى تبرر لديهما هذا الاعتقاد ، فإنه يكون مشوبا بالقصور .

الطعن رقم ١٦٨٠ السنة ٥٠ القضائية

جلسة ٣١ من مايو سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٥٨٦ »

دستور . قانون « تطبيق القانون » « إلغاء القانون » قرارات وزارية . مواد مخدرة . « الدفع بعدم الدستورية »

إجازة المادة ٣٢ من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ للوزير المختص تعديل الجداول الملحقة بالقانون المذكور . إعمال لحكم الماده ٦٦ من الدستور .

لاجريمة ولا عقوبةإلا بناء على قانون . قاعدة رددتها المادة ٦٦ من الدستور الحالى والدساتير السابقة . مقتضاها . جواز أن يعهد القانون للسلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب بالشروط التى يحددها .

لما كان المشرع فى المادة ٣٢ من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات قد أجاز للوزير المختص أن يعدل بقرار منه فى الجداول الملحقة بهذا القانون ، وما كان ذلك منه إلا إعمالا لحكم المادة ٦٦ من الدستور الحالى والمرددة فى الدساتير المتعاقبة منذ دستور سنة ١٩٢٣ - بها بعض جوانب التجريم أو العقاب وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة اتشريع جواز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم أو العقاب وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفى الحدود وبالشروط التى يعينها القانون الصادر منها . لما كان ذلك ، وكان ماناطه المشرع بالوزير المختص من جواز تعديل الجداول الملحقة بالقانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب فيها إنما كان تقديرا منه لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرونة فى اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغيرات المتلاحقة فى مسمياتها وعناصرها تحقيقا لصالح المجتمع ، فإنه يكون متفقا وأحكام الدستور ويكون النعى على المادة ٣٢ المشار إليها من القانون المذكور بعدم الدستورية على غير أساس ، ولايعدو أن يكون دفاعا قانونيا ظاهر البطلان لا على الحكم إن هو التفت عنه أو لم يرد عليه ، ولا على المحكمة المثار أمامها هذا الدفع إن هى استمرت فى نظر الدعوى المطروحة عليها دون أن تمنح مبديه أجلا للطعن بعدم دستورية تلك المادة .

الطعن رقم ٢٦٧٠ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ١٠ من يونيه سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٦١٧ »

نظام عام . قانون « تطبيقه » قانون الإجراءات الجنائية . قانون المرافعات المدنية والتجارية . نقض « نظر الطعن والحكم فيه » . « أسباب الطعن . مالايقبل منها » . محكمة النقض . سلطتها . إجراءات « إجراءات المحاكمة » .

الأصل عدم جواز إبداء أسباب جديدة للطعن أمام محكمة النقض . خلافا للأسباب التى سبق إبداؤها فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

حق محكمة النقض فى نقض الحكم من تلقاء نفسها لمصلحة المحكوم عليه . عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون سالف الذكر . طبيعته ومداه .

النصُّ فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ مرافعات على أن الأسباب المبنية على النظام العام . يمكن التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وتأخذ بها المحكمة من تلقاء نفسها . لايسرى على المواد الجنائية . أساس ذلك ؟

لما كان الأصل طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أنه لايجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة - سواء من النيابة العامة أو غيرها من الخصوم - غير الأسباب التى سبق بيانها فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٤ من القانون المذكور ، وأن تتقيد محكمة النقض بالأسباب المقدمة فى الميعاد - وكان نقض المحكمة للحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ - سالفة الذكر ، على خلاف هذا الأصل هو رخصة استثنائية خولها القانون للمحكمة على سبيل الحصر فى حالة ما إذا تبين لها مما هو ثابت فى الحكم أنه مبنى على مخالفة القانون أو على الخطأ فى

تطبيقه أو فى تأويله ، أو أن المحكمة التى أصدرته لم تكن مشكلة وفقا للقانون ولا ولاية لها بالفصل فى الدعوى ، أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى . لما كان ذلك ، وكانت مناعى الطاعن فى مذكرته المقدمة بعد الميعاد المقرر لاتندرج تحت إحدى هذه الحالات بل تدخل ضمن حالات البطلان التى تفتح سبيل الطعن فى الحكم دون أن ينعطف عليها وصف مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله المشار إليها فى البند « أولا » من المادة المذكورة والذى لاينصرف إلا إلى مخالفة القانون الموضوعى ، سواء أكان قانون العقوبات والقوانين المكملة له أو قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنه من قواعد موضوعية ، ومن ثم لايلتفت إلى ما أثاره الطاعن فى هذا الشأن بعد فوات ميعاد الطعن .

الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٧٨٦ »

١ - نقض « مايجوز ومالايجوز الطعن فيه من الأحكام » . محكمة أمن الدولة . طوارىء . قانون « القانون الأصلح » .

الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة المشكلة وفقا لقانون الطوارىء . عدم جواز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن م ٦٢ من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء .

محاكم أمن الدولة المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ . ماهيتها وأساس إنشائها واختلافها عن تلك المشكله وفقا لقانون الطوارىء .

الأحكام الانتقالة المنصوص عليها بالمادتين ١٠ ، ١١ من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ . مؤداها ؟

مجال إعمال قاعدة القانون الاصلح ؟

٢ - قانون « سريانه » طعن « طرق الطعن فى الأحكام » .

القوانين المنظمة لطرق الطعن فى الأحكام . عدم سريانها بشأن ماصدر من أحكام قبل تاريخ العمل بها . متى كانت هذه القوانين منشئة لطريق من تلك الطرق .

١ - لما كان الحكم المطعون فيه قد صدر بتاريخ ٢٦ / ٤ / ١٩٧٩ من محكمة أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء ، وكانت المادة ١٢ من هذا القانون تقضى بعدم جواز الطعن بأى وجه من الوجوه فى الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة ، فإن الطعن المقدم من المحكوم عليها يكون غير جائز قانونا ويتعين الحكم بعدم جوازه . ولايغير من ذلك أن يكون القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة والمعمول به فى أول يونيو سنة ١٩٨٠ قد صدر - من بعد - ناصا فى المادة الثامنة منه على أن « تكون أحكام محاكم أمن الدولة العليا نهائية ولايجوز الطعن فيها إلا بطريق النقض وإعادة النظر » ذلك أن هذه المحاكم إنما أنشئت نفاذا لنص المادة ١٧١ من الدستور فى الفصل الخاص بالسلطة القضائية الذى أحال إلى القانون فى تنظيم ترتيبها وبيان اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها ، وقد اختصها القانون بجرائم معينة بصفة دائمة فباتت جزءا من القضاء الطبيعى ، على خلاف محاكم أمن الدولة المشكلة وفقا لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ إذ هى محاكم استثنائية موقوته بحالة الطوارىء أماز الشارع بينها وبين المحاكم العادية فى إجراءات المحاكمة ، وفى تشكيلها فى بعض الأحوال وفى عدم جواز الطعن فى أحكامها وعدم صيرورتها نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية الذى يجوز له حتى بعد التصديق على الحكم بالإدانة - أن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى أو أن يخفف العقوبة أو أن يوقف تنفيذها على مابينته المواد ١٢ و ١٤ و ١٥ من القانون المذكور ، وقد نصت المادة العاشرة من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ سالف البيان الواردة

فى الباب الخامس منه الذى تضمن أحكاما انتقالية على أن « لرئيس الجمهورية أو من يفوضه مباشرة السلطات المقررة فى القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء وذلك بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة التى لم يتم التصديق عليها حتى انتهاء الطوارىء » كما قضت المادة الحادية عشرة بأن « يستمر مكتب شئون قضايا أمن الدولة - فى مباشرة أعماله فيما يتعلق بالقضايا التى لم يتم التصديق من رئيس الجمهورية على الأحكام الصادرة فيها » وهو مايقطع فى أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لقانون الطوارىء لايجوز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن ، صدق على الحكم الصادر منها أو لم يصدق ، وسواء تم التصديق بعد صدور قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٠ بإنهاء حالة الطوارىء اعتبارا من ١٥ / ٥ / ١٩٨٠ وقبل صدور القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ - وهو ماتثيره الطاعنة فى أسباب طعنها تبريرا لجوازه - أو بعد صدور هذا القانون ، كما أنه لاوجه لما تقوله الطاعنة من تطبيق القانون الأخير الذى أجاز الطعن فى أحكام محاكم أمن الدولة بحسبانه قانونا أصلح ، إذ فضلا عن أنه مردود بما سبق إيضاحه على السياق المتقدم ، فإن مجال إعمال قاعدة القانون الأصلح إنما هو القواعد الموضوعية لا الإجرائية .

٢ - من المقرر أن القوانين لمنظمة لطرق الطعن فى الأحكام عموما - ومنها الجنائية - لاتسرى بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين منشئة لطريق من تلك الطرق .

الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥١ القضائية
جلسة ٣ من توفمبر سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٨٠٥ »

١ - قانون « سريانه . من حيث الزمان » . بناء . جريمة « جريمة وقتية . جريمة مستمرة » . حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » نقض « أسباب الطعن . مايقبل منها » .

- سريان التشريع الجديد على الجريمة المستمرة حتى ولو كانت أحكامه أشد مما سبقه .

- معيار التمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة . جريمة الامتناع عن تنفيذ القرار الهندسى . مستمرة . أثر ذلك ؟

لما كان من المقرر قانونا أن التشريع الجديد يسرى على الجريمة المستمرة حتى لو كانت أحكامه أشد مما سبقه لاستمرار ارتكاب الجريمة فى ظل الأحكام الجديدة ، وكان الفيصل فى التمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة هو طبيعة الفعل المادى المكون للجريمة كما عرفه القانون ، سواء أكان هذا الفعل إيجابيا أو سلبيا ، ارتكابا أو تركا ، فإذا كانت الجريمة تتم وتنتهى بمجرد إتيان الفعل كانت وقتية ، أما إذا استمرت الحالة الجنائية فترة من الزمن فتكون الجريمة مستمرة طوال هذه الفترة ، والعبرة فى الاستمرار هنا هى تدخل إرادة الجانى فى الفعل المعاقب عليه تدخلا متتابعا متجددا ، ولا عبرة بالزمن الذى يسبق هذا الفعل فى التهيؤ لارتكابه والاستعداد لمقارفته أو بالزمن الذى يليه والذى تستمر فيه آثاره الجنائية فى أعقابه . لما كان ذلك ، وكانت جريمة امتناع المطعون ضده عن تنفيذ القرار الهندسى تقوم على فعل سلبى يتوقف على تدخل إرادته تدخلا متتابعا ومتجددا بتكوين فعل الامتناع المعاقب عليه ومن ثم فإنه يكون جريمة مستمرة تخضع مابقى استمرارها لأحكام القانون اللاحق ولو كانت أحكامه أشد .

الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٤ من نوفمبر سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٨١٣ »

١ - دستور . شريعة إسلامية . قانون « تطبيقه » . إثبات . « شهود . شهادة » .

النص فى المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع . دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يستنه من قوانين . أثر ذلك ؟

٢ - حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » . « إثبات بوجه عام » « شهود » محكمة الموضوع « سلطتها فى تكوين عقيدتها » . شريعة إسلامية . مواد مخدرة .

- عدم تقيد القاضى الجنائى بنصاب معين فى الشهادة وحقه فى تكوين عقيدته من أى دليل يطمئن إليه . مادام له مأخذه الصحيح من الأوراق .
- تعويل الحكم على شهادة شاهد واحد . لاعيب .

١ - ما نص عليه الدستور فى المادة الثانية منه من أن مبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ليس واجب الإعمال بذاته إنما هو دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يستنه من قوانين ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لاتكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الاحكام فى نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ .

٢ - لما كان الشارع لم يقيد القاضى الجنائى فى المحاكمات الجنائية - بنصاب معين فى الشهادة وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته من أى دليل يطمئن إليه طالما أن له مأخذه الصحيح فى الأوراق . فإن تعويل الحكم المطعون فيه على شهادة شاهد واحد ليس فيه مخالفة للقانون وينحل نعى الطاعن فى هذا الصدد إلى جدل فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب . هذا فضلا عن أن الجريمة

الماثلة من جرائم التعازير التى تثبت بشهادة شاهد واحد على خلاف جرائم الحدود والقصاص فى الشريعة الغراء .

الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ١١ من نوفمبر سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٨٧٥ »

ارتباط « عقوبة الجرائم المرتبطة » . عقوبة « تطبيقها » « عقوبة الجريمة الأشد » جريمة « أركانها » . تهريب جمركى . استيراد . قانون « تطبيقه » .

مناط تطبيق كل من فقرتى المادة ٣٢ عقوبات وأثر التفرقة بينهما فى تحديد العقوبة ؟

مثال فى جريمتى استيراد سبائك ذهبية على خلاف القانون ، وتهريبها .

ارتباطهما فى حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٢ عقوبات . وجوب توقيع العقوبة المقررة لأشدهما دون العقوبة التكميلية المقررة لما عداها .

ارتكاب الطاعن فعلا واحدا له وصفان قانونيان . هما استيراد سبائك ذهبية على خلاف القانون ، وتهريبها . وجوب تطبيق نص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ عقوبات باعتبار الجريمة الأشد وهى الاستيراد وتوقيع عقوبتها المنصوص عليها فى المادة ١٤ قانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ . دون عقوبة التهريب الجمركى .

تأييد الحكم المطعون فيه للحكم الابتدائى فيما قضى به من تعويض جمركى . خطأ فى تأويل القانون وتطبيقه . علة ذلك ؟

القضاء بتصحيح الحكم المطعون فيه بإلغاء عقوبة التهريب الجمركى . لايمنع منه نص المادة ١٢٢ من قانون الجمارك . علة ذلك ؟

لما كانت المادة ٣٢ من قانون العقوبات إذ نصت فى فقرتها الأولى على أنه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها » فقد دلت بصريح عبارتها على أنه فى الحالة التى يكون فيها للفعل الواحد عدة أوصاف ، يجب اعتبار الجريمة التى تمخض عنها الوصف أو التكييف القانونى الأشد للفعل والحكم بعقوبتها وحدها دون غيرها من الجرائم التى قد تتمخض عنها الأوصاف الأخف والتى لاقيام لها ألبتة مع الجريمة ذات

الوصف الأشد ، إذ يعتبر الجانى كأن لم يرتكب غير هذه الجريمة الأخيرة ، وذلك على خلاف حالة التعدد الحقيقى للجرائم المرتبطة ارتباطا لايقبل التجزئة التى اختصت بها الفقرة الثانية من المادة ٣٢ سالفة الذكر ، إذ لا أثر لاستبعاد العقوبات الأصلية للجرائم الأخف فى وجوب الحكم بالعقوبات التكميلية المتعلقة بهذه الجرائم ضرورة أن العقوبة التكميلية إنما تتعلق بطبيعة الجريمة ذاتها لابعقوبتها . يؤكد هذا النظر تباين صيغة الفقرتين إذ أردف الشارع عبارة « الحكم بعقوبة الجريمة الأشد » بعبارة « دون غيرها » فى الفقرة الأولى الخاصة بالتعدد المعنوى بينما أسقط تلك العبارة فى الفقرة الثانية الخاصة بالتعدد الحقيقى ، ولو كان مراده التسوية بينهما فى الحكم لجرت صياغتهما بعبارة واحدة وعلى نسق واحد ، ولما كانت ثمة حاجة إلى إفراد فقرة لكلتيهما . لما كان ذلك ، وكان الفعل الذى قارفه الطاعن يتداوله وصفان قانونيان : استيراد سبائك ذهبية على خلاف النظم والأوضاع المقررة للاستيراد من الخارج ، وتهريب هذه السبائك بإدخالها إلى البلاد وتعمد إخفائها بقصد التخلص من الضرائب الجمركية المستحقة عليها ، مما يقتضى - إعمالا لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات - اعتبار الجريمة التى تمخض عنها الوصف الأشد - وهى جريمة الاستيراد - والحكم بعقوبتها المنصوص عليها فى المادة ١٤ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى دون عقوبة التهريب الجمركى المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، أصلية كانت أو تكميلية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائى فيما قضى به من تعويض جمركى يكون قد خلق عقوبة جديدة مستمدة من الجمع بين النصين وليس تطبيقا لأشدهما مما لاسند له من القانون وبما يتنافر مع نص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ سالفة الذكر ، وهو مايكون معه قد أخطأ فى تأويل القانون وفى تطبيقه بما يوجب تصحيحه بإلغاء ماقضى به من تعويض جمركى قدره ٤٤٧٠٢

جنيه و ٦٦٠ مليم ، ودون حاجة إلى بحث السبب الثانى من سببى الطعن المتصل بجريمة التهريب لانتفاء الجدوى منه بعد استبعاد عقوبتها . ولايمنع من ذلك أن يكون الشارع فى المادة ١٢٢ من قانون الجمارك قد وصف هذه العقوبة بأنها « تعويض » طالما أنه حدد مقدار هذا التعويض تحديداً تحكميا غير مرتبط بوقوع أى ضرر ، وسوى فيه بين الجريمة التامة والشروع فيها ، وضاعفه فى حالة العود ، وهو ما يتأدى منه أنه لايجوز الحكم به إلّا من محكمة جنائية ، والحكم به حتمى تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها على المساهمين فى الجريمة - فاعلين أو شركاء دون سواهم ، فلا يمتد الى ورثتهم ولا إلى المسئولين عن الحقوق المدنية ، وتلتزم المحكمة فى تقديرها الحدود التى رسمها القانون ، وأخيرا فإن وفاة المحكوم عليه بالتعويض أثناء نظر الدعوى يستتبع حتما عدم الاستمرار فى الإجراءات والحكم بانقضاء الدعوى الجنائية إعمالا لنص المادة ١٤ من قانون الإجراءات الجنائية . ولايغير من هذا النظر أنه أجيز فى العمل - على سبيل الاستثناء - لمصلحة الجمارك أن تتدخل فى الدعوى الجنائية بطلب ذلك « التعويض » والطعن فيما يصدر بشأن طلبها من أحكام ، ذلك بأن هذا التدخل ، وإن وصف بأنه دعوى مدنية أو وصفت مصلحة الجمارك بأنها مدعية بالحقوق المدنية لايغير من طبيعة التعويض المذكور مادام أنه ليس مقابل ضرر نشأ عن الجريمة بالفعل بل هو فى الحقيقة والواقع عقوبة تلازم طبيعة جريمة التهريب الجمركى ذاتها ، رأى الشارع أن يكمل بها عقوبتها الأصلية تحقيقا للغرض المقصود من العقوبة من ناحية كفايتها للردع والزجر ، وليس من قبيل التعويضات المدنية الصرف التى ترفع بها الدعوى المدنية بطريق التبعية للدعوى الجنائية .

الطعن رقم ٨٩٤١ لسنة ٥٠ القضائية « هيئة عامة »

جلسة ٧ من إبريل سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٣ »

الإعفاء المقرر بالمادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المعدل للقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأسلحة والذخائر . شرط تحققه ؟ عدم اعتبار هذا القانون قانونا أصلح لمن تم ضبطه قبل العمل بأحكامه محرزا أو حائزا لأسلحة أو ذخائر بغير ترخيص . أساس ذلك ؟

حيث إنه وقد صدر بعد تاريخ ارتكاب الجريمة القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٧٨ المعمول به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية فى أول يونيه سنة ١٩٧٨ بتعديل القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر ، ومن بين نصوصه ما أورده بالمادة الرابعة من تقرير إعفاء من العقاب لمن يقوم خلال شهرين من تاريخ العمل به بتسليم مايحوزه أو يحرزه من أسلحة نارية وذخائر إلى قسم الشرطة ، وإزاء مايثور حول مدى اعتبار هذه المادة قانونا أصلح للمتهم يسرى على واقعة الدعوى بما قد يوجب بالتالى على محكمة النقض – من تلقاء نفسها – أن تنقض الحكم لصالح المتهم عملا بحقها المخول بالمادة ٣٥ / ٢ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض – فقد رأت الدائرة الجنائية طرح هذه المسألة القانونية على الهيئة العامة للفصل فيها بالتطبيق لحكم المادة الرابعة فقرة ثانية من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

وحيث إن نص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المعدل للقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه قد جرى بأنه « يعفى من العقاب كل من يحوز أو يحرز بغير ترخيص أسلحة نارية أو ذخائر مما تستعمل فى الأسلحة المذكورة فى تاريخ العمل بهذا القانون إذا قام

بتسليم تلك الأسلحة والذخائر إلى جهة الشرطة الواقع فى دائرتها محل إقامته خلال شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون ، ويعفى كذلك من العقوبات المترتبة على سرقة الأسلحة والذخائر أو على إخفائها . ولما كان الأصل العام المقرر بحكم المادتين ٦٦ ، ١٨٧ من الدستور وعلى ما قننته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون العقوبات أنه لاتسرى أحكام القوانين إلا على مايقع من تاريخ العمل بها . ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، وأن مبدأ عدم جواز رجعية أثر الأحكام الموضوعية لنصوص القوانين الجنائية بالذات مستمد من قاعدة شرعية الجريمة والعقاب التى تستلزم أن يقتصر على عقاب الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل العام ما أوردته المادة الخامسة المشار إليها فى فقرتها الثانية من أنه « ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره » . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أن القانون الأصلح للمتهم هو الذى ينشىء له من الناحية الموضوعية – دون الإجرائية – مركزا أو وضعا يكون أصلح له من القانون القديم ، كأن يلغى الجريمة المسندة إليه ، أو يلغى بعض عقوباتها أو يخففها ، أو يقرر وجها للإعفاء من المسئولية الجنائية دون أن يلغى الجريمة ذاتها ، أو يستلزم لقيامها ركنا جديدا لم يتوافر فى فعل المتهم ، فيكون من حق المتهم فى هذه الحالات – استمدادا من دلالة تغير سياسة التجريم والعقاب إلى التخفيف – أن يستفيد لصالحه من تلك النصوص الجديدة من تاريخ صدورها ، شريطة ألا يكون الفعل الذى وقع منه مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لايحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها عملا بنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون العقوبات وإذ كان الاحتجاء بقاعدة القانون الأصلح على ماتقدم إنما هو استثناء من الأصل العام المقرر من أن القانون الجنائى يحكم مايقع فى ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه ،

فإنه يؤخذ فى تفسيره بالتضييق ويدور وجودا وعدما مع العلة التى دعت الى تقريره ، لأن المرجع فى فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان هو قصد الشارع الذى لاتجوز مصادرته فيه ، ولما كان نص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ سالف البيان لم يخرج عن ذلك الأصل العام المقرر من عدم رجعية أثر القوانين على الوقائع السابقة عليها ، إذ هو لم يلغ الجريمة التى وقعت من المتهم أو يخفف عقابها أو يرفع عنه مسئوليتها وإنما رفع العقاب فى الفترة المحددة به عن الحالات التى تتوافر فيها شروط الإعفاء للعلة التى أفصح عنها فى مذكرته الإيضاحية وهى تشجيع المواطنين على تسليم ماقد يكون لديهم من أسلحة وذخائر غير مرخص بها ولو كانوا سارقين أو مخفين لها ، وهى علة تنتفى بالنسبة لكل من لم يتقدم قبل تاريخ العمل بذلك القانون بما لديه من أسلحة أو ذخائر وضبط حائزا أو محرزا لها بغير ترخيص ومن ثم فإنه لايتحقق بالنص المشار إليه معنى القانون الأصلح ولايسرى على الوقائع السابقة على صدوره . لما كان ذلك ، وكان مناط الإعفاء الذى قررته المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المشار إليها ، أن يكون الشخص فى أول يونية سنة ١٩٧٨ ، تاريخ العمل بذلك القانون ، محرزا أو حائزا للسلاح أو الذخيرة بغير ترخيص ، وأن يقوم خلال الفترة المحددة قانونا بتسليمها إلى الشرطة ، فإنه يجب لتوافر موجب الإعفاء أن تتحقق كافة شروطه من قيام الحيازة والإحراز فى ذلك التاريخ المعين ، وأن يتم التسليم خلال تلك الفترة ، وهو ماتتحقق به العلة التى ابتغاها التشريع من تشجيع المواطنين على تسليمها . ولما كان هذا النظر لا يمسُّ الأصل الذى جرى عليه قضاء هذه المحكمة فى تحديد معنى ونطاق تطبيق القانون الأصلح ، والتزام مناط الإعفاء من العقاب وشروطه ، وكانت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية قد خولت هذه الهيئة الفصل فى الدعوى المحالة إليها وكان الحكم المطعون فيه صحيحا ومطابقا للقانون ، فإنه يتعين رفض الطعن موضوعا .

الطعن رقم ١٣٣٠ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٦ من مايو سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٤٦٧ »

١ - سلاح .

- جريمة إحراز سلاح بدون ترخيص . قيامها بمجرد انتهاء مفعول الترخيص وعدم تجديده أو عدم تقديم طلب التجديد فى الموعد المقرر .

اتخاذ المتهم بعد ذلك لدى جهة الإدارة الإجراءات لاستصدار ترخيص جديد . لايؤثر فى قيامها .

وجوب إخطار جهة الإدارة صاحب الشأن برفض طلب تجديد الترخيص يكون عند رفضها الطلب المقدم لها بالتجديد فى الميعاد المنصوص عليه فى قرار وزير الداخلية .

٢ - عقوبة « تطبيقها » . قانون « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن . مايقبل منها » سلاح . جريمة .

٣ - نقض « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » . « الحكم فى الطعن » . قانون « قانون أصلح » . سلاح . عقوبة « تطبيقها » . مصادرة .

كون الخطأ الذى شاب الحكم المطعون فيه لايخضع لأى تقدير موضوعى وانتهاء محكمة الموضوع إلى صحة إسناد التهمة ماديا إلى المطعون ضده .

وجوب تصحيح الخطأ والحكم بمقتضى القانون . المادتان ٣٥ ، ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض .

مثال : توقيع عقوبة الغرامة دون المصادرة .

١ - لما كانت المادية الثانية من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر قبل تعديله بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ قد نصت على أن الترخيص يكون صالحا من تاريخ صدوره وينتهى فى آخر شهر ديسمبر من السنة التى منح فيها ، ونصت المادة العاشرة منه

على الأحوال التى يعتبر فيها الترخيص ملغيا ومن بينها حالة عدم تقديم طلب تجديده فى الميعاد ، كما نصت المادة الثامنة من قرار الداخلية الصادر فى ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٥٤ نفاذا للمادة ٣٧ من القانون المذكور على أن طلب تجديد الترخيص يقدم قبل نهاية مدته بشهر على الأقل إلى الجهة المقيد بها ، مقابل إيصال يسلم للطالب موضحا به بيانات الترخيص وأوصاف السلاح . ويجوز تقديم الطلب بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، ويشفع به الترخيص المطلوب تجديده والرسم المستحق وإقرار من الطالب بأن مسوغات الترخيص لاتزال قائمة وأن السلاح لم يتغير ، وفى هذه الحالة الأخيرة يرسل الإيصال للمرخص له بخطاب موصى عليه ، وكان البين من هذه النصوص - قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ - ومن نصوص الأمرين العسكريين رقمى ٢٢ لسنة ١٩٧٣ ، ٩ لسنة ١٩٧٤ واللذين أجاز الثانى منها تجديد الترخيص بحيازة السلاح الممنوح وفقا لأولها ، وذلك طبقا لأحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ - أن جريمة حيازة سلاح نارى بدون ترخيص تقوم بمجرد انتهاء الترخيص بحيازته ، وعدم تجديده فى الموعد المقرر أو عدم تقديم طلب بتجديده فى الميعاد ، ولو اتخذ المتهم من بعد لدى جهة الإدارة الإجراءات المقررة لاستصدار ترخيص جديد كما هو الحال فى الدعوى المطروحة . وكان القول بوجوب إخطار صاحب الشأن بقرار رفض تجديد الترخيص بحيازة السلاح ، إنما يكون عندما ترى جهة الإدارة رفض الطلب المقدم لها فى الميعاد لتجديد الترخيص وفقا لقرار وزير الداخلية الصادر فى ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٥٤ السابق ذكره والذى يوجب أن يقدم الطلب قبل نهاية الترخيص بشهر على الأقل . لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده لم يقدم طلب تجديد الترخيص بإحراز السلاح النارى محل الاتهام إلا فى ... بعد انتهاء الترخيص بما يزيد على ستة أشهر فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من اعتبار حيازة المطعون ضده للسلاح محل الاتهام مشروعة إلى أن تعلنه جهة الإدارة

بانتهاء الترخيص يكون غير سديد .

٢ - لما كان قد صدر فى ٢٠ من مايو سنة ١٩٧٨ - بعد صدور الحكم المطعون فيه بتاريخ ٧ من مارس سنة ١٩٧٨ - القانون رقم ٢٦ / ١٩٧٨ ، بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر ، ونص فى المادة الثامنة و العشرين مكررا منه على أنه « إذا لم يتقدم المرخص له بطلب التجديد قبل نهاية مدة الترخيص بشهر ، يخطر بخطاب مسجل بعلم الوصول ليتقدم بطلب التجديد خلال تلك المدة ويعاقب كل من يحوز أو يحرز سلاحا ناريا انتهت مدة الترخيص به لعدم تقديمه طلب التجديد فى الميعاد بغرامة لاتقل عن عشرة جنيهات ولاتزيد على خمسين جنيها إذا لم يسلم سلاحه فور انتهاء الترخيص . وإذا انقضت مدة ستة أشهر دون تسليم السلاح أو تجديد الترخيص به تكون العقوبة الغرامة التى لاتقل عن خمسين جنيها ولاتزيد على خمسمائة جنيه . وإذا زادت - تلك المدة على سنة تضاعف الغرامة » . وماجاء فى تقرير لجنة الأمن القومى والتعبئة القومية عن مشروع القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ مانصه : « وقد لاحظت اللجنة عند مراجعتها لهذه المادة (يقصد المادة العاشرة فى المشروع) أن البند (ج) يعتبر الترخيص ملغيا إذا لم يتم تجديده فى الميعاد ولو كان ذلك لادخل لإرادة المرخص له فيه ، وبهذا يتساوى هذا الشخص بالشخص الذى يحوز سلاحا دون أن يحصل مسبقا على ترخيص بحمله ، ومن ثم يتعرض لنفس العقوبة . لهذا ألغت اللجنة هذه الفقرة من المادة العاشرة وأضافت مادة جديدة برقم ٢٨ مكررا تنظم حالات عدم تجديد الترخيص فى المواعيد المقررة ، وجعلت العقوبة فى جميع الأحوال الغرامة فقط » . فإن القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ يكون هو القانون الأصلح للمتهم بما تضمنه فى خصوص التهمة المستندة إليه من عقوبات أخف من تلك التى تضمنها القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ ، ويكون لذلك هو الواجب التطبيق عملا بالمادة الخامسة من قانون العقوبات .

٣ - لما كان الخطأ فى تأويل القانون - الذى تردى فيه الحكم لايخضع لأى تقدير موضوعى مادامت محكمة الموضوع قد قالت كلمتها من حيث ثبوت صحة إسناد التهمة ماديا إلى المطعون ضده فإنه يتعين وفق نص المادتين ٣٥ ، ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أن تصحح محكمة النقض الخطأ وتحكم بمقتضى القانون بتغريم المطعون ضده خمسين جنيها دون مصادرة السلاح التى لم يعد الحكم بها واجبا - طبقا لنص المادة ٣٠ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأسلحة والذخائر المعدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ إلا فى غير الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٢٨ مكررا منه .

الطعن رقم ٢٠٨١ لسنة ٤٩ القضائية

جلسة ١٢ من مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٣٦٤ »

نقد . قانون . « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن . مالا يقبل منها » . حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » .

الحكم ببراءة المطعون ضده باعتباره رئيس مجلس إدارة الشركة من تهمة عدم تقديم الشهادة القيمية عن البضاعة التى أفرج لاستيرادها عن عمله أجنبية - المفترضة فى جانبه بالمادة ١٣ من القانون ٨٠ لسنة ٤٧ استنادا إلى المادة ١٦ من القانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى الذى اعتنق مبدأ شخصية الجريمة . صحيح . أساس ذلك ؟

إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه ببراءة المطعون ضده تأسيسا على أن المادة ١٦ من القانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ التى نصت على أن يكون المسئول عن الجريمة فى حالة صدورها من شخص اعتبارى أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام هو مرتكب الجريمة من موظفى ذلك الشخص أو الجهة أو الوحدة وأن هذا القانون هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى دون نص المادة ١٣ من القانون

رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ إذ هو أصلح للمتهم لأنه استبعد المسئولية المفترضة فى جانب رئيس مجلس إدارة الشركة المستوردة بمقتضى المادة سالفة الذكر وكان لم يثبت من أوراق الدعوى أن المطعون ضده هو الموظف المنوط به تقديم الشهادة محل المساءلة . لما كان ذلك وكانت المادة ١٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل فى النقد الأجنبى المعمول به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فى ١٤ / ٨ / ١٩٧٦ تجرى بأن يكون المسئول عن الجريمة فى حالة صدورها عن شخص اعتبارى أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام هو مرتكب الجريمة من موظفى ذلك الشخص أو الجهة أو الوحدة مع مسئوليته التضامنية عن العقوبات المالية التى يحكم بها وكانت المادة ١٣ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم الرقابة على النقد الأجنبى - الذى وقعت الجريمة فى ظله - تنص على أن يكون المسئول عن المخالفة فى حالة صدورها عن شركة أو جمعية الشريك أو المدير أو عضو مجلس الإدارة المنتدب أو رئيس مجلس الإدارة حسب الأحوال وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المقصود بالقانون الأصلح فى حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات هو القانون الذى ينشىء للمتهم مركزا أو وضعا أصلح له من القانون القديم ، كأن يكون قد ألغى بعض الجرائم أو بعض العقوبات أو خفضها أو قرر وجها للإعفاء من المسئولية الجنائية دون أن يلغى الجريمة ذاتها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ نفى مسئولية المطعون ضده المفترضة على سند مما يجرى به نص المادة ١٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح . لما كان ذلك وكان البين من مطالعة المفردات المضمومة أن المطعون ضده لم يكن الموظف المسئول عن تسوية الاستمارة موضوع الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ نفى مسئوليته الشخصية عن الجريمة يكون قد بنى ذلك على ما له أصل ثابت بالأوراق وسلم من قالة الخطأ فى الإسناد .

الطعن رقم ١٩٧٤ لسنة ٤٩ القضائية

جلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ١٩٥ »

قانون « سريانه » .

سريان قوانين الإجراءات بأثر فورى على مالم يتم من إجراءات . ولو تعلقت بجرائم وقعت قبل نفاذ هذه القوانين .

القوانين المعدلة للاختصاص . تطبيقها بأثر فورى على الدعاوى القائمة أمام المحكمة التى عُدِّل اختصاصها . ما لم ينصّ الشارع على أحكام وقتية تنظم فترة الانتقال .

الأصل أن قوانين الإجراءات تسرى من يوم نفاذها على الإجراءات التى لم تكن قد تمت ولو كانت متعلقة بجرائم وقعت قبل نفاذها . وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن القوانين المعدِّلة للاختصاص ، تطبق بأثر فورى ، شأنها فى ذلك شأن قوانين الإجراءات ، فإذا عدَّل القانون من اختصاص محكمة قائمة بنقل بعض ماكانت مختصة بنظره من القضايا طبقا للقانون القديم ، إلى محكمة أو جهة قضاء أخرى ، فإن هذه الجهة الأخيرة تصبح مختصة ، ولايكون للمحكمة التى عُدِّل اختصاصها عمل بعد نفاذ القانون الجديد ، ولوكانت الدعوى قد رفعت إليها بالفعل طالما أنها لم تنته بحكم بات ، وذلك كله ما لم ينصّ الشارع على أحكام وقتية تنظم مرحلة الانتقال .

الطعن ١٤٩١ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٢٤ من ديسمبر ١٩٨٠ « س ٣١ ص ١١١٧ »

(١) قانون . « تفسيره » . « تطبيقه » . قانون جنائى .

التحرز فى تفسير القوانين الجنائية واجب . غموض النصّ . لايحول دون تفسيره على هدى قصد الشارع . القياس فى مجال التأثيم . محظور .

(٢) إيجار أماكن . خلو رجل . قانون . « تفسيره » « تطبيقه » .

اقتضاء المؤجر بالذات أو بالواسطة . مقدم إيجار أو أية مبالغ إضافية بسبب تحرير عقد الإيجار . أو خارج نطاقه . زيادة عن التأمين والأجرة المنصوص عليها فى العقد . مؤثم .

حصول المؤجر من المستأجر على مقدم إيجار . أو تقاضيه أية مبالغ إضافية بسبب تحرير عقد الإيجار . هما مناط حظر اقتضاء المبالغ الإضافية . أساس ذلك ؟

قصر الإعفاء من العقوبة المنصوص عليها فى المادة ٤٥ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على الوسيط أو المستأجر دافع خلو الرجل كشريك للمؤجر فى الجريمة .

اقتضاء المستأجر بالذات أو بالواسطة من المؤجر أو المالك أو من الغير أية مبالغ فى مقابل إنهاء عقد الإيجار وإخلاء المكان المؤجر . لاتأثيم . مخالفة ذلك . خطأ فى تأويل القانون .

مدى التزام المالك بدفع المبالغ المحددة بالمواد ٤٩ وما بعدها من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ كتعويض فى حالات إخلاء العين المؤجرة لهدمها وإعادة بنائها ؟

(٣) حكم . « بياناته » . « بيانات حكم الإدانة » . « تسبيبه . تسبيب معيب » . نقض . « أسباب الطعن . مايقبل منها » .

الحكم بالإدانة . وجوب اشتماله على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التى وقعت والأدلة التى استخلصت منها المحكمة الإدانة . المادة ٣١٠ إجراءات .

١ – الأصل أنه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ماتحتمل ، وأنه فى حالة غموض النص ، فإن الغموض لايحول دون تفسيره على هدى ما يستخلص من قصد الشارع ، مع مراعاة ماهو مقرر من أن القياس محظور فى مجال التأثيم .

٢ – إن الشارع إنما يؤثم بالإضافة إلى فعل اقتضاء المؤجر من المستأجر مقدم إيجار – أن يتقاضى منه أية مبالغ إضافية بسبب تحرير عقد الإيجار أو خارج نطاقه زيادة عن التأمين والأجرة المنصوص عليها فى العقد – وفى حدود ما نص عليه القانون – سواء كان ذلك المؤجر

مالك العقار أو مستأجره الذى يروم تأجيره إلى غيره فتقوم فى جانبه حينئذ صفة المؤجر وسببية تحرير عقد الإيجار ، وهما مناط حظر اقتضاء تلك المبالغ الإضافية ، وذلك بهدف الحيلولة دون استغلال حاجة الطرف المستأجر الملحة إلى شغل المكان المؤجر نتيجة ازدياد أزمة الإسكان المترتبة على زيادة عدد السكان زيادة كبيرة وعدم مواكبة حركة البناء لتلك الزيادة مما حمل الشارع على التدخل لتنظيم العلاقة بين مؤجرى العقارات ومستأجريها بقصد حماية جمهور المستأجرين من استغلال بعض المؤجرين . فأرسى الأسس الموضوعية لتحديد أجرة الأماكن فى المواد ١٠ ، ١١ ، ١٢ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وحظر على المؤجرين فى المادتين ١٧ ، ٤٥ اقتضاء أية مبالغ بالذات أو بالوساطة تزيد عن الأجرة والتأمين المنصوص عليهما فى العقد وفى الحدود التى نص عليها القانون . وإذ كان ذلك فإن الحظر المشار إليه لا يسرى على المستأجر الذى ينهى العلاقة الإيجارية ويتنازل للمؤجر أو للغير عن العين المؤجرة لتخلف الصفة والسببية مناط التأثيم . ولا يغير من ذلك ما ورد فى المادة ٤٥ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى شأن إعفاء المستأجر والوسيط من العقوبة إذا أبلغ أو اعترف بالجريمة ، ذلك أن الثابت من المناقشات التى دارت بمجلس الأمة عند نظر مشروع هذا القانون أن الشارع قصد بالإعفاء المنصوص عليه فى تلك المادة ، المستأجر الذى يدفع مبلغ الخلو المحظور إلى المؤجر فيكون قد شارك بفعله هذا فى وقوع الجريمة محل التأثيم . وكذلك الحال بالنسبة للوسيط ، فرأى المجلس قصر الإعفاء عليهما فحسب – دون المؤجر – باعتبار أن هذه هى الوسيلة الناجحة لضبط جرائم خلو الرجل ، ولذلك فإن حكم الإعفاء لا ينصرف ألبتة إلى حالة المستأجر الذى يتقاضى (خلو الرجل) بوصفه مؤجرا من الباطن إلى غيره ، ومما يزيد الأمر وضوحا فى تحديد نطاق التأثيم كما عناه الشارع وأنه مقصور على المؤجر ، أنه عند صياغة حكم الحظر فى المادة ٢٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن – وهى التى

حلت محل المادة ١٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ دون أى تغيير فى مضمون القاعدة – أفصح الشارع بجلاء لا لبس فيه عن هذا المعنى بالنص فى تلك المادة على أن « لا يجوز للمؤجر مالكا أو مستأجرا بالذات أو بالوساطة اقتضاء أى مقابل أو أتعاب بسبب تحرير العقد أو أى مبلغ إضافى خارج نطاق عقد الإيجار زيادة على التأمين والأجرة المنصوص عليها فى العقد كما لا يجوز بأية صورة من الصور للمؤجر أن يتقاضى أى مقدم إيجار » . بل إنه لما يؤكد قصد الشارع فى عدم تأثيم ما يتقاضاه المستأجر من مبالغ تعويضا عن ترك العين المؤجرة ما نص عليه فى المواد ٤٩ وما بعدها من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف الذكر بأن يدفع للمستأجر المبالغ المحددة فى هذه المواد على سبيل التعويض فى حالات الإخلاء المترتبة على ما استحدثه من أحكام فى شأن هدم المبانى لإعادة بنائها بشكل أوسع . ولما كان مفاد ذلك كله أن تقاضى المستأجر بالذات أو بالوساطة أية مبالغ مقابل إنهاء عقد الإيجار وإخلاء المكان المؤجر هو فعل مباح يخرج عن دائرة التأثيم سواء طبقا لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أو الأمر العسكرى رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ اللذين استند إليهما الحكم المطعون فيه فى إدانة الطاعن ، أو أى قانون أو أمر عسكرى آخر .

٣ – المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية قد أوجبت أن يشتمل كل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بيانا تتحقق به أركان الجريمة والظروف التى وقعت فيها والأدلة التى استخلصت منها المحكمة الإدانة ، حتى يتضح وجه استدلالها بها وسلامة مأخذها تمكينا لمحكمة النقض من مراقبة التطبيق القانونى على الواقعة كما صار إثباتها فى الحكم وإلا كان قاصرا .

الطعن رقم ١٩٧٣ لسنة ٤٨ القضائية
جلسة ٩ من ابريل سنة ١٩٧٩ « لم ينشر »

نقد . استيراد . « استيراد بدون تحويل عملة » . مقاصة . قانون . موانع المسئولية . « أسباب الإباحة » . قرار وزير الاقتصاد . الجهل به . أثره ؟

قرار وزير الاقتصاد بشأن نظام استيراد السلع بدون تحويل عملة . ذيوع الاعتقاد بإباحة التعامل فى النقد الأجنبى بما فى ذلك المقاصة بهدف تمويل البضائع المستوردة . الجهل بأحكام ذلك القرار . أثره ؟

حيث إن الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض واقعات الدعوى وأقوال المطعون ضدهم ودفاعهم انتهى إلى القضاء ببراءتهم مما أسند إليهم على سند من دعامات ثلاث ، حاصلها أن اعترافاتهم قد صدرت باطلة إذ لم تكن صادرة عن إرادة حرة وإنما كانت وليدة التهديد باتهامات أخرى خطيرة ، وأن كلا من القانونين ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم التعامل بالنقد الأجنبى ، ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن الاستيراد والتصدير ، يعتبر قانونا أصلح للمطعون ضدهم إذ أسقطا من حسابها ما أسند إليهم من جرائم التعامل فى النقد الأجنبى والمقاصة المنطوية على تحويله أو تسويته وعدم عرضه بسعر الصرف الرسمى ، وتعامل الأجنبى غير المقيم بالنقد المصرى ، وكذلك جريمتى الاستيراد بدون ترخيص والاستيراد بقصد الاتجار بالنسبة للقطاع الخاص ، هذا إلى انتفاء القصد الجنائى لدى المطعون ضدهم بصفة عامة . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه استظهر انتفاء القصد الجنائى فيما أسند إلى المطعون ضدهم فى قوله : « وحيث إنه بالإضافة إلى ما تقدم وكانت الجرائم النقدية والاستيرادية موضوع الدعوى هى جرائم عمدية تتطلب توجيه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الأمر المكون للجريمة عالما بعناصرها القانونية وكان البين من أوراق الدعوى

ومذكرات المتهمين فيها وما قدمه الدفاع من مستندات أن المتهمين لم يتعمدوا مخالفة القوانين السارية والمعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم إذ أن مذكرة إدارة النقد المؤرخة ٢٠ / ١ / ١٩٧١ والمؤيدة بقرار وزير الاقتصاد والتى أباحت هذه العمليات محل الاتهام وكذا مقالات المسئولين فى الصحف المقدمة فى الدعوى والتى أباحت ذلك ، كما جاء فى أقوال الشهود زكريا توفيق عبد الفتاح وزير التجارة ومحمود عبد الموجود وعبد الحفيظ سيف النصر فودة ومحمد رفعت بشير أنه يفهم من نظام الاستيراد دون تحويل عملة أنه أباح تمويل تلك الأذون عن طريق الحصول على النقد الأجنبى على غير الأوضاع والشروط القانونية التى كانت سارية فى هذا الوقت ومن ثم وإذ انتشر ذلك فى ذهن المتهمين فكل هذا إنما هو دعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة قانونية مقررة فى قوانين النقد والاستيراد والواقع فى وقت واحد مما يجب معه قانونا فى المسائل الجنائية اعتباره فى جملته جهلا بالواقع ودلالة هذا كله يؤيد اتجاه المتهمين الى الرأى الذى تمسكوا به وهو انتفاء القصد الجنائى لديهم » ، وإذ كان البين من مطالعة محاضر جلسات المحاكمة أمام محكمة ثانى درجة بتاريخ ١٩ / ٣ ، ٢ / ١١ ، ١٧ / ١٢ / ١٩٧٧ ، ٢١ / ١ / ١٩٧٨ أن ما ساقه الحكم من أقوال الشهود الذين سلف ذكرهم له فى الأوراق صداه ، ولم يحد فيما أسنده اليهم عن نص ما أنبأت به أو فحواه ، ولا يعدو الطعن عليه بدعوى الخطأ فى الإسناد فى هذا الخصوص إلا أن يكون مجادلة لتجريحه على وجه معين تأديا من ذلك إلى مناقضة ما اعتنقه قاضى الموضوع بالدليل الصحيح وهو ما لا تقبل إثارته امام محكمة النقض . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مؤدى أقوال هؤلاء الشهود وماتضمنته مذكرة الإدارة العامة للنقد المؤرخة ٢٠ / ١ / ١٩٧١ أنه لما صدر قرار وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية الرقيم ١٠٠٩ لسنة ١٩٦٩ بشأن نظام استيراد السلع بدون تحويل عملة ولم يفصح عن مصدر وكيفية تمويل أذون الاستيراد هذه ، فقد ساد الاعتقاد بإباحة التعامل فى النقد

الأجنبى بما فى ذلك المقاصة المنطوية على تحويله أو تسويته طالما كان ذلك بهدف تمويل البضائع المستوردة ولذلك ولما بين قوانين النقد والاستيراد من التكامل خلصت مذكرة إدارة النقد المؤرخة ٢٠ / ١ / ١٩٧١ إلى أنه تمشيا مع التيسيرات ومنعا من التضارب فإن الإدارة لن تأذن بالسير فى الإجراءات القانونية أو رفع الدعوى العمومية فى تلك القضايا بشرط إثبات أن الأداء بالعملة المصرية محليا تم سداداً لتمويل بالعملة الأجنبية فى الخارج ، وإذ كان ما أسند الى المطعون ضدهم إنما ينتمى إلى هذا الأصل أو يلتقى معه فى ذات الصعيد ، فحسب المتهم فيها أن يستقى مما سلف عقيدته فى الإباحة وأن تستظهر المحكمة من المقومات ما لا يأبى هذا الاستخلاص متى كان مرد هذا الاعتقاد تلك الأسباب المقبولة التى اعتنقها المتهم واعتمدها وساقها الحكم المطعون فيه . لما كان ذلك ، وكان يبين من مطالعة نصوص القرار ١٠٠٩ لسنة ١٩٦٩ سالف الذكر أنها أمسكت فعلا عن بيان كيفية تمويل أذون الاستيراد بدون تحويل عملة ، كما خلت مواده من نص يعاقب على مخالفة أحكامه ، وكان جهل المطعون ضدهم بأحكام هذا القرار لم يكن مبنيا على عدم علمهم بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما هو جهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر – هو قرار الاستيراد بدون تحويل عملة – وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة وبالواقع فى وقت واحد مما يجب معه قانونا فى المسائل الجنائية اعتباره فى جملته جهلا بالواقع ، ولما كان الحكم قد اعتبر الظروف والملابسات التى أحاطت بهذا العذر دليلا على صحة ما اعتقده المطعون ضدهم من أنهم كانوا يباشرون عملا مشروعا وذلك للأسباب المقبولة التى تبرر لديهم هذا الاعتقاد مما ينتفى معه القصد الجنائى الواجب توافره فى الجرائم المسندة إليهم ، ومن ثم يكون الحكم اذ قضى ببراءتهم قد طبق القانون تطبيقا سليما ، وهو ما يكفى لحمل قضائه ويغنى عن مناقشة وجه الطعن الآخر ويتعين معه رفض الطعن موضوعا .

الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٤٨ القضائية

جلسة ١١ من يونيه سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٥٩١ »

هتك عرض . قانون . « تفسيره » . وقف تنفيذ . نقض . « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » . محكمة النقض . « الحكم فى الطعن » .

عقوبة السجن . اقترانها بطبيعتها بالشغل . على خلاف عقوبة الحبس بنوعيه . المادة ١٦ عقوبات . أثر ذلك : عدم جدوى النعى على الحكم إقرانه الشغل بعقوبة السجن .

القضاء بإيقاف تنفيذ عقوبة السجن . خطأ فى القانون . واجب الإلغاء . المادة ٥٥ عقوبات .

تنص المادة ١٦ من قانون العقوبات على أن « عقوبة السجن هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه بما مفاده أن القانون لا يعرف سوى نوع واحد من عقوبة السجن وهى بطبيعتها تقترن بالشغل خلافا لعقوبة الحبس بنوعيه ، ومن ثم فإن ما نص عليه الحكم المطعون فيه من أن تكون عقوبة السجن مع الشغل لا أثر له . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٥٥ من قانون العقوبات لا تجيز للمحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إلا عند الحكم فى جناية أو جنحة بالغرامة ، أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة بما مؤداه أنه إذا زادت عقوبة الحبس المقضى بها عن سنة أو كانت العقوبة هى السجن أو الأشغال الشاقة فإنه لا يجوز للمحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذها ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بمعاقبة المطعون ضده بالسجن لمدة ثلاث سنوات وأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يتعين معه – عملا بنص المادة ٣٩ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض – نقضه نقضا جزئيا وتصحيحه

وفقا للقانون بإلغاء ما اشتمل عليه من الأمر بإيقاف تنفيذ عقوبة السجن المقضى بها .

الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٤٨ القضائية

جلسة ١٦ من اكتوبر سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٦٩٥ »

قانون « تطبيقه » . تبديد . اختلاس أشياء محجوزة . جريمة . « أركانها » .

كون الشيء المبدد غير مملوك لمرتكب الاختلاس . شرط لوقوع جريمة التبديد . جريمة المادة ٣٤٢ عقوبات . استثناء من هذا الأصل . عدم جواز القياس عليه . أساس ذلك . لا جريمة ولا عقوبة بغير نص .

إن جريمة التبديد لا تتحقق الا بشروط من بينها أن يكون الشيء المبدد غير مملوك لمرتكب الاختلاس ، فلا عقاب على من بدد ماله ، لأن مناط التأثيم هو المساس والعبث بملكية المال الذى يقع الاعتداء عليه من غير صاحبه ، ولم يستثن الشارع من ذلك إلا حالة اختلاس المال المحجوز عليه من مالكه ، فاعتبرها جريمة خاصة نص عليها فى المادة ٣٤٢ من قانون العقوبات ، وهو استثناء جاء على خلاف الأصل العام المقرر فلا يمتد حكمه إلى ما يجاوز نطاقه ، كما لا يصح القياس عليه ، إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص فى القانون .

الطعن رقم ٩٥٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٧ من فبراير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٢١٥ »

(١) قانون . الجهل بالقانون . قصد جنائى . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . ما لا يوفره »

الادعاء بالجهل بإجراءات الحصول على الترخيص وأن قانون المبانى لا يُعدُّ من القوانين الجنائية . دفاع قانونى ظاهر البطلان .

القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ و ٥٥ لسنة ١٩٦٤ مكملان لأحكام قانون العقوبات .

(٢) بناء . قانون . « قانون أصلح » . نقض . أسباب الطعن . « ما يقبل من الأسباب » . حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » .

صدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ يجعل إقامة مبنى لا تزيد قيمته فى مجموعها على خمسة الاف جنيه . قبل الحصول على موافقة اللجنة الخاصة . فعلا غير مؤثم فى هذا الخصوص .

(٣) بناء . قانون . « قانون أصلح » . حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » .

جريمة البناء بدون ترخيص . لم يتناولها القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بالتعديل . وإن شدَّد عقوبتها . اعتبار القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ أصلح للمتهم فى هذا الخصوص .

١ – لما كان القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ فى شأن تنظيم المبانى والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم وتوجيه أعمال البناء هما تشريعان مكملان لأحكام قانون العقوبات بما ورد فيهما من جرائم وعقوبات مقررة ولا يعتد بالجهل بأحكامها، لما كان ذلك، وكان ما أثاره الطاعن فى الشق الآخر من طعنه أنه كان يجهل إجراءات الحصول على الترخيص وما تم من إجراءات كان له أثره على القصد الجنائى لديه . وأن جهله هذا يشكل خطأ فى الواقع . والقانون الخاص بالمبانى لا يعد من القوانين الجنائية مما يؤدى إلى الإعفاء من المسئولية – فبفرض إبدائه أمام المحكمة الاستئنافية – لا يعدو أن يكون دفعا بالجهل بأحكام هذين القانونين ، أنزله منزلة الجهل بالواقع الذى ينتفى به القصد الجنائى وهو بهذه المثابة دفاع قانونى ظاهر البطلان مما لا تلتزم المحكمة بالرد عليه .

٢ – لما كان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء قد صدر ونشر فى الجريدة الرسمية فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٧٦ وعمل به فى ذات التاريخ ونص فى المادة ٣٥ منه على إلغاء القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ فى شأن تنظيم المبانى والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم وتوجيه أعمال البناء ، كما نص فى مادته الأولى

على أنه « فيما عدا المبانى التى تقيمها الوزارات والمصالح الحكومية وشركات القطاع العام يحظر فى أى جهة من الجمهورية داخل حدود المدن والقرى أو خارجها ، إقامة أى مبنى أو تعديل مبنى قائم متى كانت قيمة الأعمال المطلوب إجراؤها تزيد على خمسة آلاف جنيه إلا بعد موافقة لجنة يصدر بشكليها وتحديد اختصاصاتها وإجراءاتها والبيانات التى تقدم إليها قرار من وزير الإسكان والتعمير وذلك فى حدود الاستثمارات المخصصة للبناء فى القطاع الخاص » . وبإلغاء القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٤ أصبحت جريمة إقامة مبنى لا تزيد قيمة الأعمال المطلوب إجراؤها عن خمسة آلاف جنيه – قبل الحصول على موافقة اللجنة – فعلا غير مؤثم ويكون القانون الجديد أصلح للمتهم وقد صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات وهو الواجب التطبيق ولمحكمة النقض نقض الحكم من تلقاء نفسها عملا بما هو مخول لها بمقتضى المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، وتصحيحه بإلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضى به من تغريم الطاعن مبلغ ٣٨٥٠ جنيها .

٣ – لما كانت باقى العقوبات التى دين بها الطاعن مقررة بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ عن جريمة إقامة بناء بدون ترخيص – وهى التهمة التى أسندت إلى الطاعن – وكان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ وإن ألغى القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ إلا أنه لم يعدل فى أحكام هذه الجريمة وفرض لها عقوبات أشد من تلك التى كان يقررها القانون الملغى فإن القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ يكون هو القانون الواجب التطبيق لما هو مقرر من أنه يعاقب على الجريمة بمقتضى القانون الذى كان معمولا به وقت ارتكابها مادام القانون الجديد لم يعدل من أحكامها ويكون ما قضى به الحكم المطعون فيه من عقوبات عن تلك التهمة صحيحا فى القانون .

الطعن رقم ١١٨٤ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٦ من مارس سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٣٣٠ »

بناء وهدم . قرارات إدارية . قانون . « تفسيره » .

حق المحافظ فى إصدار قرار بإعفاء أبنية بذاتها من أحكام القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ والقرارات المنفذة له .

مجرد صدور توجيهات من المحافظ بالتمكين من إنهاء الأعمال فى مبنى معين . عدم اعتبارها قرارا بالإعفاء من أحكام القانون المذكور .

لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قدم حافظة انطوت على مستندات من بينها كتاب موجه إليه من مدير منطقة حى غرب القاهرة يخطره فيه بورود خطاب مؤشر عليه من السيد وكيل الوزارة للشئون الهندسية يفيد توجيهات المحافظ بالتصريح له بتمكينه من تشطيب العمارة موضوع الدعوى وبأنه أرسلت إشارة إلى قسم قصر النيل بتمكينه من ذلك تنفيذا لتعليمات المحافظ . لما كان ذلك ، وكان الحكم قد أسس قضاءه بالبراءة على ما استخلصه من هذا الكتاب بصدور قرار من محافظ القاهرة بإعفاء المطعون ضده من أحكام القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ عملا بالتفويض الصادر له بمقتضى قرار وزير الإسكان رقم ٤٩٦ لسنة ١٩٧٣ والذى خوّله فيه حقه المنصوص عليه فى المادة الثامنة عشرة من ذلك القانون فى إصدار قرار بإعفاء أبنية بذاتها من تطبيق أحكام القانون والقرارات المنفذة له وباعتبار أن هذا القرار وإن كان لاحقا على تاريخ الواقعة إلا أنه رفع التأثيم عن الأفعال المسندة للمطعون ضده مما يعد أصلح له وفقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات . وكان ما انتهى إليه الحكم فى هذا غير سديد ، ذلك أن عبارات الكتاب سالف البيان لا تؤدى إلى ما خلص إليه من صدور قرار محافظ القاهرة بإعفاء البناء محل الدعوى من الاشتراطات المنصوص عليها فى القانون ، وكل ما تضمنه هو صدور مجرد توجيهات وتعليمات من المحافظ بالتمكين من

إنهاء الأعمال به . لما كان ذلك ، وكانت المادة الثامنة عشرة من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ بشأن تنظيم المبانى وقرار وزير الإسكان رقم ٤٩٦ لسنة ١٩٧٣ قد نصا على أن يصدر القرار بالإعفاء بناء على اقتراح المجلس التنفيذى أو المحلى المختص وفقا لما يقرره المجلس فى كل حالة على حدة من قيود وضمانات وأوضاع وشروط يرى وجوب توافرها ، وكان كتاب محافظة القاهرة قد خلا مما ينبئ عن صدور القرار بعد استكمال تلك الإجراءات ومن ثم فهو لا يعد بحال قراراً تشريعيا واجب التطبيق حتى يمكن القول بأنه أصلح للمطعون ضده . متى كان ذلك فإن الحكم إذ قضى بغير ذلك يكون قد شابه فساد فى الاستدلال أدى به الى خطأ فى تطبيق القانون مما يعيبه ويستوجب نقضه ، وإذ كان هذا الخطأ قد حجب المحكمة عن نظر موضوع الدعوى فإنه يتعين أن يكون النقض مقرونا بالإحالة .

الطعن رقم ١٣١٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٥ من يونيه سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٦٧٤ »

(١) قانون . « القانون الأصلح » . تطبيقه . « سريانه من حيث الزمان » . دعوى جنائية . « قيود تحريكها » .

قاعدة سريان القانون الأصلح . مجال سريانها . القواعد الموضوعية دون الإجرائية . الإجراء يظل خاضعا للقانون السارى وقت صدوره . رفع الدعوى الجنائية فى ظل قانون لا يعلق رفعها على طلب أو إذن . صدور قانون يوجب ذلك . لا أثر له فى صحة إجراءاتها .

(٢) استيراد . جريمة « أركانها » .

استيراد الأفراد للسلع بقصد الاتجار . دون مراعاة الشروط المقررة . مؤثم . سواء فى ظل القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ أو فى ظل القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ الذى حل محله .

للأفراد الحق فى استيراد احتياجاتهم من السلع لاستعمالهم الشخصى أو الخاص من

مواردهم الخاصة . مباشرة أو عن طريق الغير . طبقا للقرارات التى تصدر من وزير التجارة .

(٣) قانون . « قانون أصلح » . استيراد . عقوبة « تطبيقها » .

القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بما تضمنه من عقوبات . يعتبر أصلح من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ فى شأن الاستيراد والتصدير .

١ – لما كان الثابت أن الدعوى الماثلة قد رفعت من قبل صدور القانون الجديد رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الاستيراد والتصدير ، ومن ثم فلا يسرى عليها ما ورد بنص المادة ١٥ من عدم جواز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أى إجراء فى الجرائم المذكورة فيه إلا بناء على طلب كتابى من وزير التجارة أو من يفوضه لما هو مقرر من أحكام المادة الخامسة من قانون العقوبات لا تسرى إلا بالنسبة للمسائل الموضوعية دون القواعد الإجرائية ، إذ الأصل أن الإجراء الذى يتم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا وخاضعا لأحكام هذا القانون . ولما كان القانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ فى شأن تنظيم الاستيراد – الذى يحكم واقعة الدعوى وتم رفعها فى ظله – قد خلا من نص مماثل للنص الوارد فى المادة ١٥ من القانون الجديد رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن الطلب المشار إليه ، فإن تمسك الطاعن بأحكام هذا النص يكون غير سديد .

٢ – إن ما يتحدى به الطاعن من أن السلع التى استوردها مسموح للأفراد باستيرادها بعد صدور القانون الجديد ، بل ومنذ صدور القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ ببعض الأحكام الخاصة بالاستيراد والتصدير والنقد ، فى غير محله مادام الحكم قد أثبت – أن فعل الاستيراد قد وقع من الطاعن بقصد الاتجار ، ذلك بأنه وإن كان القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ الذى لايزال معمولا به وقنن الإجراءات التى اتخذت من قبل فى سبيل تحقيق سياسة الانفتاح الاقتصادى بصدور قرار وزير المالية رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٤ بشأن تطوير

السوق الموازنة للنقد الذى بقى بدوره قائما ، وبصدور قرارى وزير التجارة الخارجية رقمى ٧٣ لسنة ١٩٧٤ بالإجراءات التنفيذية لهذا القرار و ٢٨٦ لسنة ١٩٧٤ بشأن السلع المسموح بتوريدها إلى البلاد تطبيقا للقرار ذاته – قد أجاز فى المادة الأولى منه السماح للأفراد ووحدات القطاع الخاص بالاستيراد من الخارج فى نطاق السوق الموازية وفقا للشروط والأوضاع التى تحددها القواعد المنظمة لها على أن يصدر وزير التجارة قرارا بالقواعد والإجراءات التى تنظم عمليات الاستيراد المشار إليها كما أجاز فى الفقرة الأولى من المادة الثانية منه للمصريين الحائزين على موارد بالنقد الأجنبى تدخل فى نطاق السوق الموازية أن يقوموا باستخدامها فى الاستيراد العينى للسلع التى يصدر بها قرار من وزير المالية والتجارة ، إلا انه لم يبح – لا هو ، ولا القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ اللاحق عليه – للأفراد استيراد السلع تلقائيا دون طلب ، بصفة مطلقة – ولو كان ذلك بقصد الاتجار – ذلك بأن القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ لم ينص على إلغاء القانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ الذى يؤثم هذا الفعل متى توافر ذلك القصد ، وإنما اقتصر على النص فى المادة الرابعة منه على إلغاء كل حكم يخالف أحكامه فحسب ، ولا يوجد ثمة تعارض بين أحكامه وبين استمرار بقاء الفعل المذكور مؤثما بالقانون المطبق . يؤيد ذلك أن القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ – الذى حل محل القوانين أرقام ٩ لسنة ١٩٥٩ فى شأن الاستيراد و ٢٠٢ لسنة ١٩٥٩ فى شأن التصدير و ٩٥ لسنة ١٩٦٣ المطبق – إنما صدر لتأكيد المدى الذى حققته سياسة الانفتاح ، بل للانطلاق إلى الأمام بشكل أكثر مرونة ومع ذلك فقد صرح فى الفقرة الأولى من المادة الأولى بأن يكون استيراد احتياجات البلاد السلعية عن طريق القطاعين العام والخاص ، وبأن للأفراد حق استيراد احتياجاتهم للاستعمال الشخصى أو الخاص ، وذلك مباشرة أو عن طريق الغير على أن يصدر وزير التجارة قرارا بتحديد الإجراءات والقواعد التى تنظم عمليات الاستيراد ، وفرض فى المادة ١٥ منه

العقاب على مخالفة أحكام المادة الأولى أو القرارات المنفذة لها . وقد تردد هذا المعنى فى الباب الأول من اللائحة التنفيذية لهذا القانون – الصادر بها قرار وزير التجارة رقم ١٣٣٦ لسنة ١٩٧٥ – التى خصصت فى ذلك الباب للاستيراد فصلين رصدت أولهما لعموم استيراد احتياجات البلاد السلعية ونصت فيه على أن تشكل لجنة مشتريات بالوكالة التجارية بشركة مصر للاستيراد والتصدير تختص بالنظر فى احتياجات القطاع الخاص والقطاع الحرفىّ ولجنة مشتريات أخرى بوزارة السياحة تختص بالنظر فى احتياجات القطاع الخاص السياحى ، وعلى أن تلتزم كافة لجان المشتريات بقيد جميع شركات القطاع العام التجارية بسجلات الموردين ، وعلى أن تقدم العطاءات إلى لجان المشتريات المختصّة من شركات القطاع العام التجارية أو من وكيل تجارى مصرى مقيد بسجل الوكلاء التجاريين أو من شركة قطاع عام مقيدة بالسجل التجارى ومن ضمن نشاطها الاستيراد ، وعلى أن تقدم العطاءات الخاصة بالاستيراد بطرق معينة ذكرت تحديدا . بينما عقدت الفصل الثانى من الباب المذكور لخصوص استيراد السلع للاستعمال الشخصى أو الخاص دون الاتجار ، وأبانت فيه أن للأفراد استيراد احتياجاتهم للاستعمال الشخصى أو الخاص من مواردهم الخاصة وتفرج عنها الجمارك مباشرة بالشروط المبينة تفصيلا فى المادة ١٥ . ثم أصدر وزير التجارة القرار رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٧٦ – بناء على كل من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ والقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ ولائحته التنفيذية وعلى قرار وزير المالية رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٤ ، وذلك حسبما يبين من مطالعة ديباجته – ونص فى المادة الأولى منه على تشكيل لجنة للبت فى توريد البضائع وطلبات الاستيراد ، كما نص فى الفقرة (أ) من المادة الثانية منه على أنه « يجوز للمصريين الحائزين على موارد بالنقد الأجنبى تدخل بطبيعتها ضمن موارد السوق الموازنة للنقد أن يقوموا بتحويلها إلى البلاد فى شكل عينى فيما عدا السلع المرفقة بالكشف رقم (١) » ثم نص فى المادة الثامنة منه على أن « يفرج عن طريق

الجمارك مباشرة عن السلع التى ترد طبقا للمادة (٢) فقرة (أ) من هذا القرار التى لا تجاوز قيمتها وقت التعاقد ما يعادل خمسة آلاف جنيه مصرى بالعملة الحرة وبالسعر الرسمى بعد اتخاذ الإجراءات الجمركية . وفى حالة تجاوز القيمة المشار إليها يعرض الأمر على اللجنة المشار إليها فى المادة (١) من هذا القرار .. » وقد وردت هذه النصوص على غرار المواد ١ فقرة (أ) و ٢ و ٨ من قرار وزير التجارة السابق رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٤ ، بل ومع توسع أكثر فى أنواع السلع المسموح باستيرادها من الموارد الخاصة ، ومؤدى ذلك كله أن الإفراج المباشر عن السلع كان - رغم صدور القرارات الخاصة بتحقيق سياسة الانفتاح الاقتصادى - ولم يزل مقصورا على حالة استيرادها للاستعمال الشخصى أو الخاص ، وأن ذلك لا يتعارض ألبتة مع حظر استيراد الأفراد للسلع تلقائيا بقصد الاتجار - وهو الفعل المؤثم فى القانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ كما سلف القول ، والذى ظل مؤثما من بعده كذلك بصريح نصوص القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ الذى حل محله ولائحته التنفيذية .

٣ - إن العقوبة المقررة فى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ للجريمة التى دين بها الطاعن أخف من تلك الواردة بالقانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ ، ذلك بأنها - فى المادة الثالثة من القانون المطبق - إنما هى الحبس والغرامة التى لاتقل عن مائتى جنيه ولاتزيد على ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين علاوة على تعويض لايقل عن ٢٠٪ من قيمة المضبوطات ولايجاوز ٥٠٪ من قيمتها وعلى الحكم بمصادرة السلع موضوع الجريمة أو بتعويض يعادل ثمنها إذا لم يتيسر مصادرتها بينما هى فى المادة ١٥ من القانون الجديد غرامة - فحسب - لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد على ألف جنيه علاوة على الحكم بمصادرة السلع موضوع الجريمة ، ومن ثم فإن القانون الجديد يعد - من هذه الوجهة فقط - قانونا أصلح للطاعن ، وكان على الحكم المطعون فيه اتباعه دون غيره فى هذا الخصوص عملا بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من

قانون العقوبات - لأنه صدر بعد وقوع الفعل وقبل ١٢ من يونيه سنة ١٩٧٦ - تاريخ صدور الحكم المطعون فيه - أما والحكم لم يفعل فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٤٧ القضائية

جلسة ١٦ من مايو سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٦٢٢ »

١ - هدم . طعن « ميعاده » . دفاع . « الاخلال بحق الدفاع . مايوفره . حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » .

صدور قرار بالهدم . عدم التظلم منه وفق مارسمه القانون . صيرورته نهائيا . عدم جواز المجادلة فيه .

٢ - قانون « تطبيقه » . دفاع « الإخلال بحق الدفاع . مالايوفره » .

تعليمات النيابة العامة . عدم الاعتداد بالتعليمات فى مقام تطبيق القانون .

١ - إن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى شأن إيجار الأماكن نص فى المادة ٣١ على أنه « تتولى الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم معاينة وفحص المبانى والمنشآت وتقرر مايلزم اتخاذه للمحافظة على الأرواح والأموال سواء بالهدم الكلى أو الجزئى » وجرى نص المادة ٣٢ على أنه « تشكل .. لجنة أو أكثر يصدر بها قرار من المحافظ المختص تتولى دراسة التقارير المقدمة من الجهة الإدارية .. وإصدار قرارات فى شأنها » .. ونصت المادة ٣٤ على أنه « لكل من ذوى الشأن أن يطعن فى القرار المشار إليه بالمادة السابقة فى موعد لايجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان القرار إليه أمام المحكمة الابتدائية الكائنة فى دائرتها العقار » ثم بينت المادة ٤٦ العقوبات التى توقع فى حالة مخالفة حكم المادة ٣٥ عند عدم تنفيذ قرار اللجنة النهائى ، وإذ كان الطاعن لم يسلك طريق الطعن وفقا للقانون ، فقد بات قرار لجنة التنظيم الصادر بالهدم نهائيا لايجوز للطاعن المجادلة فيه أو طلب تعيين

خبير لتقرير صلاحية البناء بعد ترميمه .

٢ - لايصح الاعتداد بالتعليمات فى مقام تطبيق القانون .

الطعن رقم ٧ لسنة ٤٦ قضائية « نقابات »

جلسة ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٤ »

محاماة . نقابات . نقض « أسباب الطعن . مالايقبل منها » . قانون « تفسيره » .

حظر الجمع بين المحاماة والأعمال الواردة حصرا فى المادة ٥٢ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ . أصل عام . يستثنى منه تولى أعمال المحاماة بالهيئات والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها وشركات القطاع العام .

الجمع بين المحاماة وإحدى الوظائف العامة أو الخاصة أو منصب رئيس مجلس إدارة أو العضو المنتدب فى الشركات المساهمة . جائز لمن يشغلون بالفعل هذه المناصب وقت صدور القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ .

لما كانت المادة ٥٢ من القانون رقم ٦١ سنة ١٩٦٨ وقد عددت الأعمال التى لا يجوز الجمع بينها وبين المحاماة ومن بين هذه الاعمال مانصت عليه الفقرة الثالثة منها والتى أشارت إلى الوظائف العامة أو الخاصة الدائمة أو المؤقتة بمرتب أو بمكافأة واستثنت من هذه الفقرة من يتولى المحاماة بالهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها وشركات القطاع العام فقد دلت بذلك على أن الأصل هو عدم الجمع بين المحاماة وبين أية وظيفة ، إلا أنه لما كان محامو الهيئات العامة - وما فى حكمها مما عددته الفقرة الثالثة سالفة البيان - موظفين بها فقد أبيح لهم استثناء الجمع بين وظائفهم هذه وبين المحاماة ، وهذا الاستثناء وقد ورد خلافا للأصل العام من عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين أية وظيفة فإنه يتعين تفسيره فى أضيق الحدود بحيث لايخول لمن يتولى المحاماة فى تلك الجهات أن يتقلد أية وظيفة أخرى فيها خلاف تلك التى تؤهله للعمل بها كمحام تؤكد هذا المعنى وتزيده وضوحا الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة لقولها : « ويسرى

هذا الحظر على كل من يجمع الآن بين المحاماة والاشتغال بإحدى الوظائف أو الأعمال المنصوص عليها فى البندين الثالث والخامس » فأجرت حكما وقتيا أخرجت به من نطاق حظر الجمع بين المحاماة وبين أية وظيفة من كانوا يجمعون - وقت صدور القانون المذكور - بين المحاماة وبين اشتغالهم بأية وظيفة أو تقلدهم منصب رئيس مجلس الإدارة أو العضو المنتدب فى الشركات المساهمة .

الطعن رقم ١٨٣٥ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٢ من فبراير سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٢٣٥ »

حكم . بياناته . « بيانات التسبيب » . قانون . « تطبيقه » .

إشارة الحكم إلى مادة الاتهام التى طبقها . دون تحديد القانون المتضمن لها . لايعيبه . متى كان إدراك هذا القانون باديا للوهلة الأولى .

لما كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه إذ ألغى حكم البراءة المستأنف وأدان الطاعن - قد أفصح عن عقاب الطاعن بمواد الاتهام ، وكان يبين من الحكم الابتدائى أنه قد تضمن اتهام النيابة العامة الطاعن بارتكاب جريمتى القتل الخطأ وقيادة سيارة بحالة خطرة - المفصل وصف كلتيهما بصدر ذلك الحكم ، وأنها طلبت معاقبته بالمادة ٢٣٨ / ١ و ٢ - والقانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ فإن فى هذا وذاك آية على أن الحكم المطعون فيه قد دان الطاعن بتلك الجريمتين واعتبرهما جريمة واحدة فأوقع عليه عقوبة أولاهما باعتبارها ذات العقوبة الأشد ، عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات ولايقدح فى ذلك خلو الحكم الابتدائى من بيان اسم القانون المنطبق بعد إثباته للمادة ٢٣٨ / ١ و ٢ إذ أن ذلك لايعدو - فى صورة الدعوى - مجرد سهو عن ذكر اسم قانون العقوبات - الذى يدرك للوهلة الأولى باعتباره الأساس الأصلى للعقاب ، مادام الحكم قد وصف الأفعال التى وقعت وبين الواقعة المستوجبه للعقوبة بيانا كافيا

وقضى بعقوبة فى حدود هذه المادة صاحبة العقوبة الأشد – لما كان ماتقدم ، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا .

الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ١١ من إبريل سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٤٠٩ »

١ – محكمة الموضوع « سلطتها فى تعديل وصف التهمة » قانون . « تطبيقه » . وصف التهمة .

التزام المحكمة بتطبيق صحيح القانون . عدم تقيدها بالوصف المسبغ على الواقعة أو بالقانون المطلوب العقاب به .

٢ – اختصاص « الاختصاص الولائى » « اختصاص محاكم أمن الدولة » . أوامر عسكرية .

– حق المحاكم العادية فى تطبيق الأوامر العسكرية والفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لها .

– اختصاص محاكم أمن الدولة بهذه الجرائم . لايسلب المحاكم العادية اختصاصها بها . أساس ذلك ؟

٣ – عقوبة « إيقاف تنفيذها » . قانون « تطبيقه . إلغاؤه » .

– الأمر بوقف تنفيذ العقوبة المقضى بها عن جريمة عبور الحدود المصرية الليبية خارج نطاق بوابة السلوم . خطأ فى القانون . لمخالفته الأمر العسكرى رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ « مطروح » لايدرأ هذا الخطأ صدور الأمر العسكرى رقم ١٥ لسنة ١٩٧٣ علة ذلك ؟

– عدم جواز الرجوع إلى القانون العام فيما نظمه قانون خاص . التشريع العام اللاحق . لاينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق .

١ – المحكمة ملزمة بأن تنزل الحكم الصحيح للقانون على الواقعة التى رفعت بها الدعوى غير مقيدة فى ذلك بالوصف الذى أسبغ على هذه الواقعة بالقانون الذى طلب عقاب المتهم طبقا لأحكامه .

٢ – إنزال المحاكم الأحكام الواردة بالأوامر العسكرية على الوقائع الجنائية غير ممتنع عليها بل هو من واجبها ، ذلك بأن قانون

حالة الطوارىء الصادر بالقرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ إذ نصّ فى المادة الخامسة منه على أنه « مع عدم الإخلال بأى عقوبة أشد تنصّ عليها القوانين المعمول بها يعاقب كل من خالف الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه بالعقوبات المنصوص عليها فى تلك الأوامر » وفى الفقرة الأولى من المادة السابعة منه على أن « تفصل محاكم أمن الدولة الجزئية والعليا فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه » ، وفى المادة التاسعة منه على أنه « يجوز لرئيس الجمهورية أو لمن يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة الجرائم التى يعاقب عليها القانون العام » ، فإنه بذلك يكون قد حصر اختصاص هذه المحاكم – وماهى إلا محاكم استثنائية – فى الفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه ، ولو كانت فى الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها وكذلك فى ا لجرائم المعاقب عليها بالقانون العام التى تحال إليها من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه . بينما لم يسلب المحاكم صاحبة الولاية العامة شيئا ألبتة من اختصاصها الأصيل الذى أطلقته الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ليشمل الفصل فى كافة الجرائم – إلا ما استثنى بنص خاص – وبالتالى يشمل هذا الاختصاص الفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه عملا بأحكام قانون حالة الطوارىء حتى ولو لم تكن فى الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها ، ذلك لأن الشارع لم يورد فى هذا القانون أو فى أى تشريع آخر نصا بإفراد محاكم أمن الدولة بالفصل – وحدها دون سواها – فى أى نوع من الجرائم ، ولو كان الشارع قد أراد ذلك لعمد الى الإفصاح عنه صراحة على غرار نهجه فى الأحوال المماثلة كقانون السلطة القضائية سالف الذكر الذى عنى بإيراد عبارة « دون غيرها » وترديدها قرين كل اختصاص فى المادة ٨٣ منه التى تنص على أن « تختص دوائر المواد

المدنية والتجارية بمحكمة النقض دون غيرها بالفصل فى الطلبات التى يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة . كما تختص الدوائر المذكورة دون غيرها بالفصل فى طلبات التعويض عن تلك القرارات وتختص أيضا دون غيرها بالفصل فى المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت .

٣ - لما كانت واقعة مغادرة أراضى الجمهورية بغير حمل جواز سفر وبدون الحصول على إذن خاص « تأشيرة » ومن غير الأماكن المخصصة لذلك التى رفعت بها الدعوى على المطعون ضده وعوقب عنها ، إنما يحكمها علاوة على القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ - الذى أنزل الحكم المطعون فيه بموجبه العقاب على المطعون ضده - الأمر العسكرى رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ (مطروح) الذى صدر من بعد ذلك القانون وعمل به قبل وقوع الفعل والذى يحظر إيقاف تنفيذ العقوبة فى الجرائم المنصوص عليها فيه ومنها جريمة عبور الحدود المصرية الليبية خارج نطاق بوابة السلوم ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أمر - بالمخالفة لأحكام ذلك الأمر العسكرى - بإيقاف تنفيذ العقوبة ، المقضى بها على المطعون ضده بالحكم المستأنف عن الجرائم الثلاث المسندة إليه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . ولايدرأ عنه هذا الخطأ صدور الأمر رقم ١٥ لسنة ١٩٧٣ من نائب الحاكم العسكرى العام بتاريخ ٢٥ من أبريل سنة ١٩٧٣ من بعد وقوع الواقعة وقبل الحكم المطعون فيه - قاضيا فى مادته الأولى بأن يعاقب بالحبس مدة لاتجاوز سنة وبغرامة لاتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل إقليم الدولة أو خرج منه أو حاول ذلك من غير الأماكن المحددة لذلك أو بدون الحصول على الإذن المنصوص عليه فى المادة ٤ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ فى شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضى الجمهورية والخروج منها ، وخاليا من نص مانع من إيقاف تنفيذ العقوبة . ذلك بأنه لما كان المقرر - وفق القاعدة العامة الواردة بالمادة الثانية من القانون المدنى - أنه لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق

ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع وإذ كان الأمر العسكرى رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ (مطروح) والأمر العسكرى رقم ١٥ لسنة ١٩٧٣ كلاهما بمنزلة سواء فى مدارج التشريع ، وكان هذا الأمر اللاحق لم ينص صراحة على إلغاء الأمر السابق ، بل قد خلت نصوصه وحتى ديباجته ألبتة من أية إشارة إلى الأمر السابق . لما كان ذلك ، وكان الأمر اللاحق إنما هو تشريع عام ، فيما انتظمه من أحكام فى شأن دخول إقليم الدولة والخروج منه بعامة ، فى حين أن الأمر العسكرى رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ الصادر من محافظ مطروح بوصفه حاكما عسكريا لهذه المحافظة إنما هو تشريع خاص - مستقل بما انتظم من تجريم وعقاب ، ونطاقه مقصور على محافظة مطروح - راعى فيه مصدره اعتبارات محلية قدرها واستهدف من أجلها ، بما ضمنه من عقوبة لازالت هى الأشد ، مكافحة ظاهرة التسلل - فى دائرة هذه المحافظة وحدها وبذاتها - عبر الحدود المصرية الليبية بخاصة فقد بقى بذلك هذا التشريع الخاص السابق استثناء من التشريع العام اللاحق ماضيا فى تحقيق الغرض الذى سن من أجله . لما هو مقرر من أنه مع قيام قانون خاص لايرجع إلى أحكام قانون عام إلا فيما لم ينتظمه القانون الخاص من أحكام وأن التشريع العام اللاحق لاينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق بل يظل التشريع الخاص قائما .

الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة أول نوفمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٨١٧ »

١ - محكمة الموضوع « سلطتها فى تقدير الدليل » أعذار قانونية . زنا . حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » .

عذر الزوج فى قتل زوجته خاص بحالة مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا لايكفى ثبوت الزنا بعد وقوعه بمدة . القياس فى الأعذار القانونيه . غير جائز .

٢ ، ٣ - طعن « الصفة فى الطعن والمصلحة فيه » عقوبة « تطبيقها » محكمة الموضوع . « سلطتها فى تقدير العقوبة » . وصف التهمة .

٢ - لامصلحة من إثارة الطاعن عذر الاستفزاز فى قتله لزوجته مادامت العقوبة المقضى بها تدخل فى حدود عقوبة القتل العمد .

٣ - المناط فى تقدير العقوبة هو ذات الواقعة الجنائية . لا مايسبغ عليها من أوصاف .

١ - لما كان مفاد ما أورده الحكم أن الطاعن لم يكن قد فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ولم يكن قتله لها حال تلبسها بالجريمة المذكورة فإذا ما كان الحكم قد اطرح مادفع به الطاعن من تمسكه بإعمال المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه فى هذا الخصوص غير سديد لما هو مقرر من أن الأعذار القانونية استثناء لايقاس عليه وعذر الزوج فى قتل زوجته خاص بحالة مفجأة الزوجة متلبسة بالزنا فلا يكفى ثبوت الزنا بعد وقوعه بمدة .

٢ ، ٣ - لامصلحة للطاعن فيما يثيره من أمر قيام عذر الاستفزاز طالما أن العقوبة المقضى بها تدخل فى حدود عقوبة القتل العمد المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من قانون العقوبات ولايغير من هذا النظر مايذهب إليه الطاعن من أن المحكمة عند ما أخذته بالرأفة تطبيقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات كانت عند تقدير العقوبة تحت تأثير الوصف الخاطىء الذى أعطته للواقعة وأنها لو وقفت على هذا الخطأ لكانت قد نزلت بالعقوبة إلى حدها الأدنى ، إذ أن هذا القول مردود بأن مناط تقدير العقوبة هو ذات الواقعة الجنائية التى قارفها الجانى لا الوصف الذى تكيفها به المحكمة وهى إذ تعمل حقها الاختيارى فى استعمال الرأفة بتطبيق المادة ١٧ من قانون العقوبات إنما تقدر العقوبة التى تتناسب مع الواقعة ولو أنها أرادت النزول بها إلى أكثر مما قضت به لما امتنع عليها ذلك .

الطعن رقم ١٦٢٤ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٨ من فبراير سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٧٤ »

١ ، ٢ - قانون . « قانون أصلح للمتهم » . أحداث . اختصاص . « اختصاص محكمة الأحداث » .

١ - القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث . ناسخ للأحكام الإجرائية والموضوعية الواردة فى قانون الإجراءات والعقوبات فى صدد محاكمة الأحداث ومعاقبتهم . القانون المذكور أصلح للمتهم بما تضمنه من عقوبات .

٢ - اختصاص محكمة الأحداث دون غيرها بمحاكمة من لم يتجاوز سنه ثمانى عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة. مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .

من المقرر أن القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث الصادر فى ٩ من مايو سنة ١٩٧٤ - قبل الحكم المطعون فيه - قد نسخ الأحكام الإجرائية والموضوعية الواردة فى قانون الإجراءات والعقوبات - فى صدد محاكمة الأحداث ومعاقبتهم ومن بين ماأورده مانص عليه فى المادة الأولى منه من أنه « يقصد بالحدث فى حكم هذا القانون من لم تجاوز سنه ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكابه الجريمة » وفى المادة ٢٩ منه على أن تختص محكمة الاحداث دون غيرها بالنظر فى أمر الحدث عند اتهامه فى الجرائم ، وفى المادة ٣٢ منه أنه «لايعتد فى تقدير سن الحدث بغير وثيقة رسمية فإذا ثبت عدم وجودها تقدر سنه بواسطة خبير » وفى المادة ١٥ منه على أنه « إذا ارتكب الحدث الذى يزيد سنه على خمس عشرة سنة ولايتجاوز ثمانى عشرة سنة جريمة عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة يحكم عليه بالسجن مدة لاتقل عن عشر سنوات ، وإذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة يحكم بالسجن وإذا كانت الجناية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تبدل هذه العقوبة بعقوبة الحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر وإذا كانت عقوبتها السجن تبدل العقوبة بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ، وفى جميع الأحوال لاتزيد على ثلث الحد

الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة ، ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على الحدث بإحدى هذه العقوبات أن تحكم بإيداعه إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية مدة لاتقل عن سنة طبقا لأحكام القانون ». لما كان ذلك ، وكان قانون الأحداث رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بما نص عليه من رفع السن التي يعتبر فيها المتهم حدثا من خمسة عشر عاما إلى ثمانية عشر عاما وتخفيضه العقوبات التي نص عليها فيه عن العقوبات التي كان منصوصا عليها في المواد من ٦٦ الى ٧٢ من قانون العقوبات التي ألغاها ذلك القانون هو قانون أصلح للمتهم - وإذ كان الثابت من صورة قيد ميلاد المحكوم عليه المرفقة بملف الطعن أنه ولد في ١٢ من أغسطس سنة ١٩٥٥ فإن سنه وقت ارتكاب الجريمة في ٢٦ يوليو سنة ١٩٧٢ لم تكن قد تجاوزت ثماني عشرة سنة مما تكون معه محكمة الأحداث هي المختصة دون غيرها بمحاكمته طبقا لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ المنطبق على الواقعة باعتباره قانونا أصلح للمتهم . وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين معه نقضه وإحالة القضية إلى محكمة الأحداث المختصة .

الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٢٥ من أكتوبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٧٨٠ »

١ - محكمة الموضوع . « سلطتها في تعديل وصف التهمة » . وصف التهمة . نيابة عامة .

عدم تقيد محكمة الموضوع بالوصف الذي ترفع به الدعوى . عليها تبين حقيقة الواقعة الجنائية .

٢ ، ٣ - جمارك . تهريب جمركي . استيراد . قانون . « قانون أصلح » .

(٢) (*) إباحة استيراد السلع للأفراد . مالم يكن استيرادها مقصورا على القطاع العام . اعتبار هذه الإباحة قانونا أصلح للمتهم .

(٣) (*) إباحة استيراد سلعة قبل الحكم النهائي في جريمة استيرادها . أثره : اعتبار الفعل غير مؤثم . مما يوجب القضاء بالبراءة . مثال .

١ - من المقرر أن محكمة الموضوع لاتتقيد بالوصف الذي تسبغه النيابة العامة على الفعل المسند الى المتهم ومن واجبها ان تمحص الواقعة المطروحة عليها بجميع كيوفها وأوصافها وأن تطبق عليها نصوص القانون تطبيقا صحيحا وكل ماتلتزم به في هذا النطاق ألا تعاقب المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور .

٢ ، ٣ - لما كان من المقرر أنه متى صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات قانون جديد أصلح للمتهم فإنه يكون هو الواجب التطبيق ، وكان قد صدر في ١٣ / ٩ / ١٩٧٥ القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ الذي ألغى في مادته التاسعة عشرة القانونين رقمي ٩ لسنة ١٩٥٩ في شأن الاستيراد و ٩٥ لسنة ١٩٦٣ في شأن تنظيم الاستيراد وأباح في المادة الأولى منه استيراد احتياجات البلاد السلعية عن طريق القطاعين العام والخاص . وذلك وفق أحكام الخطة العامة للدولة وفي حدود الموازنة النقدية السارية ، وكانت الفقرة الأخيرة من هذه المادة وأن أجازت لوزير التجارة أن يقصر استيراد بعض السلع الأساسية على جهات القطاع العام ، وكان قرار وزير التجارة رقم ١٣٣٦ الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ قد نص في المادة الثالثة منه على قصر استيراد سلع معينة عددتها على القطاع العام ، إلا أنه لما كانت السلع محل الجريمة المسندة للمطعون ضده - وهي على مايبين من

(*) تكرر هذا المبدأ في الطعن رقم ٦٠٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ٣١ / ١٠ / ١٩٧٧ « لم ننشر »

- وقارن نقض في الطعن رقم ١٣١٥ لسنة ٤٦ ق جلسه ٥ / ٦ / ١٩٧٧ منشور في السنة ٢٨ ص ٦٧٤ وقد أوردناه بالصحيفة ١١٥٠ من هذا الكتاب .

مراجعة المفردات المضمومة « كميات تجارية من البنط الصناعية التى تستخدم فى الخراطة ومسامير ونحاس وبرونز » ليست من السلع التى قصر القرار الوزارى المذكور استيرادها على جهات القطاع العام ، ومن ثم فقد أضحى فعل الاستيراد المسند إلى المطعون ضده غير مؤثم أخذا بأحكام القانون الجديد الأصلح للمتهم .

الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٣٠ من مايو سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٥٥٨ »

١ و ٢ - إثبات « بوجه عام » قرائن « قوة الأمر المقضى » تزوير. شيك بدون رصيد .

١ - قبول الدفع بقوة الأمر المقضى رهن بوحدة الخصوم والموضوع والسبب . اختلاف جريمة إصدار شيك بدون رصيد عن جريمة تزويره واستعماله . القضاء بالبراءة فى التهمة الأولى لتزوير الشيك . لايحوز قوة الأمر المقضى بالنسبة للثانية . تقدير الدليل فى دعوى لايحوز قوة الأمر المقضى به فى دعوى أخرى .

٢ - الأدلة فى المواد الجنائية متساندة .

وحيث إن الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه والمكمل بالحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى بما مفاده أن المدعى بالحقوق المدنية (المطعون ضده) أقام الدعوى بالطريق المباشر ضد الطاعن بجرائم البلاغ الكاذب والتزوير فى محرر عرفى واستعماله . كما يبين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أنه مع أخذه بأسباب الحكم الابتدائى أضاف إليها قوله : « وحيث إن الثابت أن محكمة الجنح المستأنفة قضت فى الجنحة رقم ٧٩٨٦ سنة ١٩٦٩ الرمل (رقم ٤٣٩٠ سنة ١٩٧٠ استئناف شرق اسكندرية) المتهم فيها .. (المدعى المدنى فى هذه الدعوى) بجلسة ٩ / ١ / ١٩٧١ برد وبطلان الشيك موضوع الاتهام ، لتزويره وبإلغاء الحكم المستأنف وببراءة المتهم وجاء بأسباب ذلك الحكم « وتكون الواقعة الصحيحة هى أن المتهم ماوقع على الورقة

المتضمنة شيكا عليه لصالح المجنى عليه (المتهم فى الدعوى الحالية) إلا على أنها مخالصة بالمبلغ الذى قبضه ومن ثم يكون الشيك فى الحقيقة مزورا تزويرا معنويا بتغيير مضمونه من مخالصة بمبلغ إلى شيك ومن ثم يتعين الحكم برده وبطلانه » . وبعد أن أورد الحكم المطعون فيه ماتقدم نقلا عن الحكم فى القضية المضمومة انتهى إلى تأييد إدانة الطاعن بقوله « ومن ثم تكون التهم المسندة إلى المتهم ثابتة فى حقه من تبليغه كذبا من أن المدعى بالحق المدنى سلمه شيكا لايقابله رصيد قائم وقابل للسحب مع علمه وقت التبليغ أن هذه الواقعة غير صحيحة لأن الشيك فى حقيقته مزور تزويرا معنويا بتغيير مضمونه من مخالصة إلى شيك كما أنه ارتكب تزويرا فى المحرر العرفى سالف الذكر « الشيك » على النحو المتقدم واستعمله بأن تقدم به بهذا الابلاغ فى الجنحة رقم ٧٩٨٦ سنة ١٩٦٩ الرمل ومن ثم تعين تأييد الحكم المستأنف » . لما كان ذلك ، وكانت قوة الشيء المقضى به مشروطة باتحاد الخصوم والموضوع والسبب فى الدعويين وكانت دعوى إصدار شيك بدون رصيد قائم وقابل للسحب تختلف موضوعا وسببا عن دعوى تزوير الشيك واستعماله مع العلم بتزويره - موضوع الدعوى محل الطعن - فإنه يمتنع التمسك بحجية الأمر المقضى به ولا يغير من ذلك أن ورقة الشيك التى اتخذت دليلا على تهمة إصدار شيك بدون رصيد فى الدعوى السابقة هى بذاتها أساس تهمتى التزوير والاستعمال فى هذه الدعوى ذلك أن تلك الورقة لاتخرج عن كونها دليلا من أدلة الإثبات فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٣٧ عقوبات .

الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٤ من مارس سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٢٥٨ »

دستور « دستورية القوانين » . قانون . « سريانه » « إلغاؤه . تعديله » . إذن التفتيش . « تسبيبه » تفتيش . « التفتيش بإذن » . نقض . « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » .

التزام التشريعات بالنزول على أحكام الدستور . بوصفه التشريع الأسمى . صاحب الصدارة . وإلا تعين إهدارها . ولو كانت سابقة عليه .

النص فى المادة ١٩١ من الدستور على بقاء كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدوره . لا ينصرف إلا إلى التشريع الذى لايعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته .

نص الدستور على حظر دخول المسكن أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون . نص صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدنى – المادة ١٩١ من الدستور .

إنه لما كان الدستور هو القانون الوضعى الأسمى ، صاحب الصدارة فكان على مادونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ماتعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ماسواها ، ويستوى فى ذلك أن يكون التعارض سابقا أو لاحقا على العمل بالدستور ، فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سنّ تشريع أدنى ، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ، ويعتبر الحكم المخالف له فى هذه الحال قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه . لما كان ذلك ، وكان ماقضى به الدستور فى المادة ٤٤ من صون حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون ، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب فى هذا الشأن من أمر قضائى مسبب ، ذلك بأنه ليس يجوز ألبتة للمشرع من بعد أن يهدر أيا من هذين الضمانين – الأمر القضائى والمسبب – اللذين قررهما الدستور لصون حرمة المسكن ، فيسن قانونا يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما ، وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشرعية الدستورية ، أما عبارة « وفقا لأحكام القانون » الواردة فى عجز هذا النص فإنما تعنى أن دخول المساكن ، أو تفتيشها لا يجوز إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ، من ذلك ما أفصح عنه المشرع فى المادة ٤٥ من قانون الاجراءات الجنائية سالفة البيان من حظر دخول المسكن إلا فى الأحوال المبينة فى القانون أو فى حالة طلب المساعدة من

الداخل أو ماشابه ذلك وأما مانصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن كل ماقررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا نافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور فإن حكمها لاينصرف بداهة إلا إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشرع ، ومن ثم يكون تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه ، إجراء لامندوحة عنه ، منذ العمل بأحكام الدستور دون تربص صدور قانون أدنى ، ويكون ماذهبت إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سديد .

الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٢ من يونية سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٥٢٨ »

(١ – ٨) قانون . « إلغاؤه » « تفسيره » . « إصداره » . « تطبيقه » « التفويض التشريعى » . لوائح . قرارات وزارية . دستور . نقد . استيراد . إقامة . حكم . « تسبيبه . تسبيب معيب » .

(١) عدم إلغاء التشريع . إلا بتشريع لاحق أعلى منه . أو مساوٍ له فى مدراج التشريع . الإلغاء الصريح والضمنى للقانون ؟

بقاء قوانين النقد والاستيراد أرقام ٨٠ لسنة ١٩٤٧ ، ٩ لسنة ١٩٥٩، ٩٥ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام الدقة فى تفسيرها . وعدم تحميل عباراتها فوق ماتحتمل . واجب .

صياغة النص فى عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيرا صادقا عن إرادة المشرع . عدم جواز الانحراف عنها . عن طريق التفسير أو التأويل . أو بدعوى الاستهداء بحكمة الشارع .

الاستهداء بحكمة التشريع ودواعيه . لاتكون إلا عند غموض النص .

الأحكام تدور مع علتها . لامع حكمها .

لااجتهاد مع صراحة النص .

القول بأن نظام الاستيراد بدون تحويل عملة . يترتب عليه التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأنه ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة . مخالف للقانون . واجتهاد غير جائز مع صراحة نصوص القانون . وتوسع فى تفسيرها . وأخذ بحكمتها . لابعلتها . وهو مالايجوز قانونا .

(٣) حق السلطة التنفيذية . دستوريا فى إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين . دون زيادة أو تعديل أو تعطيل لها . أو إعفاء من تنفيذها ليس معناه نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين للسلطة التنفيذية .

اللائحة . لاتلغى أو تنسخ نصا فى القانون .

(٤) صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعى . رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه .

تطبيق نص القانون . عند التعارض بينه وبين نص وارد فى لائحة أو قرار . واجب .

(٥) حاصل تشريعات الرقابة على النقد وتنظيم الاستيراد . حظر مطلق . وتنظيم إدارى . يسمح بالاستثناء عن طريق إصدار القرارات اللازمة فى حدود التفويض التشريعى .

القرارات الصادرة فى شأن الاستيراد بدون تحويل عملة . تخص المخاطبين بها . دون غيرهم . مخالفة هذا النظر . خطأ فى القانون .

(٦) معنى القانون الأصلح . فى قصد الشارع ؟

القرارات الوزارية الصادرة فى نطاق قانونى النقد والاستيراد . وفى حدود التفويض التشريعى لاتعد قانونا أصلح للمتهم . علة ذلك .

اعتبار قرار وزير المالية رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ معطلا حكم المادة الثالثة من قانون النقد ومعفيا المواطنين كافة من واجب العرض على وزارة الخزانة . بما يعد معه قانونا أصلح للمتهمين . خطأ فى القانون .

(٧) المقصود بالتعامل المحظور فى النقد المصرى . على غير المقيم ؟

استبدال النقد المصرى وتسليمه إلى غير مقيم . تعامل محظور .

(٨) من يقيم بمصر مؤقتا . أو إقامة غير مشروعة . يُعدُّ غير مقيم فى حكم قرار وزير الاقتصاد رقم ٨٩٣ لسنة ١٩٦٠ .

١ - من المقرر أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساوله فى مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل

على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . وإذ كان الثابت أن قانونا لاحقا لم يصدر زالت به القوة التنفيذية لأى من القوانين أرقام ٨٠ لسنة ١٩٤٧ و ٩ لسنة ١٩٥٩ و ٩٥ لسنة ١٩٦٣ أو أباح التعامل فى النقد الأجنبى وأفعال المقاصة بما تنطوى عليه من تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبى أو أجاز للأفراد والقطاع الخاص استيراد السلع من الخارج بغير ترخيص من وزارة الاقتصاد وبقصد الاتجار . فإن القول بغير ذلك اجتهاد غير جائز .

٢ - الأصل أنه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل ، وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيا كان الباعث على ذلك ، ولا الخروج على النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما تكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لامع حكمتها ، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه ، فإن القول بأن خروج نظام الاستيراد بدون تحويل عملة إلى حيز الوجود بمقتضى القرارات الصادرة فى هذا الشأن يترتب عليه بالضرورة وبطريق اللزوم العقلى التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأن التعارض يرتكز على محل واحد هو التعامل فى النقد الأجنبى للاحتياج إليه فى التمويل وأن السماح باستيراد السلع بدون ترخيص وفقا لنظام السوق الموازية قد ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة يكون فضلاً عن مخالفته لصحيح القانون اجتهاداً غير جائز إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه وتوسعا فى تفسير القوانين الجنائية وأخذا بحكمتها لا بعلتها وهو ما لا يجوز قانونا .

٣ - إن من حق السلطة التنفيذية - طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها - أن تتولى أعمالا تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئا جديدا أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية لا يصح أن تلغى أو تنسخ نصا آمرا فى القانون .

٤ - من المقرر أنه يشترط لصدور القرار فى حدود التفويض التشريعى ألا يوجد أدنى تضاد بين الحظر الوارد فى نص القانون وبين الشروط والأوضاع المحددة فى القرار ، وأنه عند التعارض بين نصين : أحدهما وارد فى القانون والآخر وارد فى لائحته التنفيذية ، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة .

٥ - لما كان حاصل تشريعات الرقابة على النقد الأجنبى وتنظيم الاستيراد هو حظر مطلق وتنظيم إدارى يسمح بالاستثناء عن طريق إصدار القرارات اللازمة فى حدود التفويض التشريعى وكانت القرارات المتعاقبة الصادرة من الوزير المختص فى شأن الاستيراد بدون تحويل عملة واستيراد السلع من الخارج بدون ترخيص وفقا لنظام السوق الموازية تخص فئات وأشخاصا معينة هى المخاطبة بهذه القرارات أما غير المخاطبين بها والتى لا تسرى عليهم الصفات المنصوص عليها فيها فقد ظل الحظر بالنسبة إليهم قائما ، فإن الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر بما تردى فيه من تفسير وتأويل خاطئين حين انتهى إلى أن مقتضى صدور هذه القرارات إباحة التعامل فى النقد الأجنبى والمقاصة إذا ارتكبا لتمويل أذون الاستيراد ، وإلغاء تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة بدعوى أن تلك القرارات تعد من قبيل القانون الأصلح للمتهم . مما مؤداه تعديل نص المادة الأولى

من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه ، وتعطيل نص المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ والمادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

٦ - إن قصد الشارع من عبارة « القانون الأصلح للمتهم » المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات القوانين التى تلغى بعض الجرائم أو تلغى بعض العقوبات أو تخففها أو تلك التى تقرر وجها للإعفاء من المسئولية الجنائية دون أن تلغى الجريمة ذاتها والقرارات الوزارية الصادرة فى نطاق النقد والاستيراد وفى حدود التفويض التشريعى لا تعد قانونا أصلح للمتهم إذا كان كل ما تضمنته تعديلا لنظم معينة مع إبقاء الحظر الوارد فى القانون على حاله . لما كان ذلك ، وكان الحكم قد قضى ببراءة المطعون ضدهم - من الأول إلى الرابع ... ... و ... ... و ... ... من جريمتى عدم عرض ما لديهم من النقد الأجنبى على وزارة الاقتصاد لبيعه بسعر الصرف الرسمى ، وتحويله إلى الخارج بدعوى أن قرار وزير المالية رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ قد أباح للمصريين تحويل الأرصدة الأجنبية من الحسابات غير المقيمة باسمهم مباشرة إلى الخارج قد عطل نص المادة الثالثة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ وأعفى بذلك المواطنين من وجوب عرض ما لديهم من النقد الأجنبى على وزارة الاقتصاد ، وأنه ليس ثمة ما يحول دون تغذية قيمة البضائع المستوردة من هذه التحويلات مما يعد معه هذا القرار من قبيل القانون الأصلح للمتهمين ، فإنه لما كان البين من نص المادة الثالثة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ فى شأن الرقابة على النقد أنه أوجب على كل شخص طبيعى أو معنوى أن يعرض للبيع على وزارة المالية وبسعر الصرف الرسمى الذى يحدده وزير المالية جميع الأرصدة المصرفية من العملة الأجنبية المملوكة له وكذلك كل دخل مقوم بعملة أجنبية أو أية مبالغ أخرى مستحقة لأى سبب كان يحصل عليها فى مصر أو فى الخارج ... وكذلك كل ما يدخل فى ملكه أو فى حيازته من أوراق النقد الأجنبى ،

وأجاز لوزير المالية أن يستثنى من أحكام هذه المادة المصريين الذين يكون لهم فى الخارج وظائف بالنسبة إلى ما يحصلون عليه من نقد أجنبى ناتج عنها ، وكان قرار وزير المالية الرقيم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ فى شأن تطوير الحسابات المجاز فتحها بالعملة الأجنبية والذى عدل حكم المادة ٣٣ مكرر من لائحة الرقابة على عمليات النقد ، قد أجاز للبنوك أن تحتفظ بحسابات مقيمة بالعملة الأجنبية تفتح بأسماء المواطنين الذين يعملون فى الخارج أو الذين يؤدون خدمات مما مفاده أنه أباح لهؤلاء تحويل هذه الأرصدة إلى الخارج دون إلزامهم بعرضها على وزارة الاقتصاد إلا أن هذه الإجازة قاصرة على أصحاب هذه الحسابات التى يحصلون على أرصدتها عن عمل لهم بالخارج دون غيرهم ومن ثم يبقى الالتزام بالعرض طبقا للقانون قائما بالنسبة لمن عداهم من المواطنين .
لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه لم يورد من وجوه الأدلة السائغة ما يثبت أن من سلف ذكرهم من المطعون ضدهم هم من المخاطبين بذلك القرار مؤسسا قضاءه على ما انتهى إليه من تقرير قانونى خاطئ هو اعتبار قرار وزير المالية الرقيم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ قرارا معطلا بالضرورة حكم المادة الثالثة من قانون النقد ومعفيا المواطنين كافة من واجب العرض على وزارة الخزانة بما يعد معه قانونا أصلح بالنسبة إلى المطعون ضده فإنه يكون معيبا فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون بالقصور فى التسبيب .

٧ - نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ المضافة بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٠ على أنه « يحظر على غير المقيمين فى المملكة المصرية أو وكلائهم التعامل بالنقد المصرى أو تحويل أو بيع القراطيس المالية المصرية إلا بالشروط والأوضاع التى تعين بقرار من وزير المالية وعن طريق المصارف المرخص لها منه فى ذلك » وجاء بالمذكرة الإيضاحية تبريرا لإصدار القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٠ فى شأن تعامل غير المقيم بالنقد المصرى ما نصه « وقد ظهر أن غير المقيمين فى مصر ووكلائهم يتعاملون بالنقد المصرى والقراطيس

المالية بطرق عدة تنتهى بطريقة غير مباشرة إلى ضياع كثير من النقد الأجنبى من حق الدولة أن تحصل عليه » . وكان المقصود بالتعامل بالنقد المصرى كل عملية من أى نوع - أيا كان الاسم الذى يصدق عليها فى القانون - يكون فيها دفع النقد المصرى إخلالا بواجب التجميد الذى فرضه الشارع على أموال غير المقيم وضرورة وضعها فى حسابات فى غير مقيم فى أحد المصارف المرخص لها فى مزاولة عمليات النقد حتى يأذن وزير المالية بالإفراج عما يرى الإفراج عنه منها ، واستيداع النقد المصرى وتسليمه إلى غير مقيم يعتبر ولا شك عملية من هذا القبيل .

٨ - لما كان غير المقيم هو من يقيم فى مصر إقامة مؤقتة أو غير مشروعة ، وأما المقيم فهو من ينطبق عليه أحد الشروط الواردة فى المادة ٢٤ من قرار وزير الاقتصاد الرقيم ٨٩٣ لسنة ١٩٦٠ ، وكانت الإقامة فى الأصل واقعة مادية ومسألة فعلية ، وإذ اعتبر الشارع من يقيم إقامة مؤقتة أو غير مشروعة فى حكم غير المقيم ، فمعنى ذلك أنه قصد بالإقامة المعتبرة أن يتوافر لها شرطا المشروعية والاعتياد ، ولما كان شرط الاعتياد يقبل التفاوت ويخضع للتأويل الذى لا تُسدُّ به الذرائع وهو ما أراد الشارع تلافيه ، فقد حددت اللائحة مدة الإقامة المعتادة بخمس سنوات تثبت للأجنبى بحمله بطاقة إقامة لهذه المدة أو إقامة لمدة متصلة يبلغ مجموعها خمس سنوات ميلادية ما لم يحتفظ بصفة غير المقيم بعد الحصول على موافقة اللجنة العليا للنقد على ذلك . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد فى معرض تبريره لقضائه ببراءة كل من المطعون ضدهم الرابع والسابع والتاسع ، ... ... و ... ... و ... ... من جرائم الاشتراك فى التعامل بالنقد المصرى مع غير مقيم هو .. أنهم لا يعلمون بتوافر تلك الصفة لديه دون أن يستظهر شرطى الإقامة المعتبرة قانونا من مشروعية واعتياد فإن ذلك مما يصم الحكم بالتخاذل وبالقصور فى إيراد ما تندفع به عنهم تلك الجريمة بعناصرها سالفة البيان .

الطعن رقم ١١٩٢ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٧١٨ »

(١ ، ٢) أوامر تكليف . جريمة . « أركانها » . محكمة الموضوع . « سلطتها فى تقدير الدليل » قانون ، « تفسيره » نقض . « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » . محكمة النقض . « سلطتها فى نظر الطعن » . قرار إدارى . اختصاص . « اختصاص المحاكم الجنائية بالمسائل الفرعية » .

١ - تكليف الأطباء والصيادلة وأطباء الأسنان على موجب حكم القانون ١٨٣ لسنة ١٩٦١ مدته سنتان قابلة للتجديد لمدد أخرى مماثلة إذا دعت الحال ، شريطة صدور قرار جديد بذلك .

صدور قرار التكليف متضمنا تجديده تلقائيا لمدد أخرى مماثلة . بطلانه . القياس فى مجال التأثيم . محظور .

٢ - حرية القاضى الجنائى فى تكوين عقيدته من كافة الأدلة المطروحة عليه ما لم يقيده القانون بدليل معين . المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية . له الفصل فى جميع المسائل التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الجنائية دون انتظار لما عساه يصدر فيها من أحكام من أية جهة أخرى . هو لا يتقيد بأى حكم أو قرار يتصل بموضوع الدعوى . إلا أن يكون حكما صدر من محكمة الأحوال الشخصية . فى المسألة التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الجنائية . أساس ذلك ؟

تحصين القرار الإدارى بعدم الطعن عليه فى الميعاد . لا يقيد المحكمة الجنائية فى عدم الاعتداد به وهى بصدد الفصل فى المسئولية المقررة عن مخالفته .

٣ - ابتناء الحكم بإدانة المتهم على الخطأ فى تطبيق القانون . وجوب نقضه والقضاء ببراءته . المادتان ٣٥ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، ٣٠٤ إجراءات جنائية .

١ - لما كان يبين من قرار التكليف رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٦٩ - مثار الطعن والذى عول عليه الحكم فى قضائه - أنه قد انبنى على التفويض الصادر من وزير الصحة بقراره رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٩ - فى شأن التفويض ببعض الاختصاصات - إلى وكيل الوزارة لشئون مكتب

الوزير ، ومنها إصدار أوامر التكليف أو إلغاؤها بالنسبة للأطباء وأطباء الأسنان والصيادلة ، وأن قرار التكليف قد صدر من وكيل وزارة الصحة قاضيا فى مادته الثالثة بتجديد التكليف لمدة سنتين اعتبارا من ١٣ أكتوبر سنة ١٩٦٩ ، وقاضيا فى مادته الثالثة بتجديد التكليف تلقائيا لمدد أخرى مماثلة ، لما كان ذلك ، وكان القانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦١ فى شأن تكليف الأطباء والصيادلة وأطباء الأسنان قد نص فى مادته الثالثة على أن « يصدر الوزير المختص أو من ينيبه أمر تكليف إلى من يرشحهم وزير الصحة للعمل فى الوظائف التى اتفق عليها مع الوزير المختص أو ممثل المؤسسة العامة ، وتكون مدة التكليف سنتين قابلة للتجديد لمدد أخرى مماثلة » . فإن مؤدى هذا أن القانون قد ضرب سنتين أجلا للتكليف ، وجعل تجديده يدور مع مقتضى الحال وأجاز تجديد المدة لمدد أخرى مماثلة إذا دعت الحال إلى تجديده فعندئذ يفصح عنه بإرادة مستقلة جديدة تتمثل فى أمر بالتجديد ومن ثم كان قرار التكليف رقم ٣٢٨٣ لسنة ١٩٦٩ - مثار النعى - حين قضى فى مادته الثالثة بتجديد هذا التكليف تلقائيا لمدد أخرى مماثلة قد جاء - فى هذا الصدد - منذ نشأته مخالفا لأحكام ذلك القانون ، وفوق ذلك فإنه لما كان قرار التفويض رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٩ آنف الذكر مقصورا على التفويض فى إصدار أوامر التكليف أو إلغائها دون تجديدها ، وكان القرار مثار الطعن قد قضى بتجديد التكليف تلقائيا لمدد أخرى مماثلة ، فإنه يكون قد جاوز هذا التفويض ، ولهذا وذلك ولأن القياس محظور فى مجال التأثيم فلا مناص من عدم الاعتداد بذلك القرار .

٢ - من المقرر وفق المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية أن القاضى الجنائى يحكم فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته مما يطرح أمامه فى الجلسة دون إلزام عليه بطريق معين فى الإثبات إلا إذا استوجبه القانون أو حظر عليه طريقا معينا فى الإثبات . وإذ كان ذلك ، وكان قانون الإجراءات الجنائية قد نص فى المادة ٢٢١ على أن « تختص المحكمة الجنائية بالفصل فى جميع المسائل

التى يتوقف عليها الحكم فى الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » وفى المادة ٢٢٢ على أنه « إذا كان الحكم فى الدعوى الجنائية يتوقف على نتيجة الفصل فى دعوى جنائية أخرى وجب وقف الأولى حتى يتم الفصل فى الثانية » وفى الفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ على أنه « إذا كان الحكم فى الدعوى الجنائية يتوقف على الفصل فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية جاز للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى وتحدد أجلا للمتهم أو للمدعى بالحقوق المدنية أو للمجنى عليه حسب الأحوال لرفع المسألة المذكورة إلى الجهة ذات الاختصاص » وفى المادة ٢٢٤ على أنه « إذا انقضى الأجل المشار إليه فى المادة السابقة ولم ترفع الدعوى إلى الجهة ذات الاختصاص يجوز للمحكمة أن تصرف النظر عن وقف الدعوى وتفصل فيها . كما يجوز لها أن تحدد للخصم أجلا آخر إذا رأت أن هناك أسبابا معقولة تبرر ذلك » . وفى المادة ٤٥٦ على أنه « يكون للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم المدنية فى الدعاوى التى لم يكن قد فصل فيها نهائيا فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونى ونسبتها إلى فاعلها . ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة . ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون » وفى المادة ٤٥٧ على أن « لا تكون للأحكام الصادرة من المحاكم المدنية قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها » وأخيرا فى المادة ٤٥٨ على أن « تكون للأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية فى حدود اختصاصها قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم الجنائية فى المسائل التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الجنائية » فإن المشرع بذلك كله قد أمد القاضى الجنائى – وهو يفصل فى الدعوى الجنائية – إدانة أو براءة – بسلطة واسعة تكفل له كشف الواقعة على حقيقتها كى لا يعاقب برئ أو يفلت

جان ، فلا يتقيد فى ذلك إلا بقيد يورده القانون ، ومن ثم كان له الفصل فى جميع المسائل التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الجنائية لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع – وليس عليه أن يقف الفصل فيها تربصا لما عسى أن يصدر من أية محكمة غير جنائية من محاكم السلطة القضائية أو من أية جهة أخرى ، وهو لا يتقيد بأى قرار أو حكم يصدر فيها اللهم إلا بحكم قد صدر فعلا من محكمة الأحوال الشخصية فى حدود اختصاصها وفى المسألة فحسب – التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الجنائية – وفق صريح نص المادة ٤٥٨ سالفة الذكر – لما كان ذلك فإن هذه المحكمة وقد انتهت إلى عدم الاعتداد بالقرار الوزارى مثار الطعن لمخالفته للقانون ، فليس ينال من ذلك فى مجال الدعوى الجنائية ما عسى أن يكون قد سبق أن لحقه من حصانة نتيجة قعود الطاعن عن الطعن فيه لدى الجهة الإدارية المختصة .

٣ – لما كان البين مما هو ثابت فى الحكم المطعون فيه ، أنه بنى على مخالفة للقانون ، لإقامته قضاءه على قرار وزارى مخالف للقانون فإنه يتعين نقض الحكم لمصلحة الطاعن المتهم والقضاء بالغاء الحكم المستأنف وبراءة الطاعن ، وذلك عملا بالمادتين ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، و ٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية .

الطعن ١٧١٥ لسنة ٤٤ القضائية

جلسة ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ٨٩٢ »

تجنيد . قانون . « القانون الأصلح » . نقض . « نظره والحكم فيه » . محكمة النقض . « سلطتها » .

حق محكمة النقض فى القضاء بالبراءة عند صدور قانون أصلح ينأى بالفعل عن التأثيم . مثال فى تجنيد .

من المقرر طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات أنه « إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره » . وإذ كان الحكم النهائى

المطعون فيه قد صدر فى ١٩ من مايو سنة ١٩٧٣ من بعد أن كان قد صدر فى ١٣ من مايو سنة ١٩٧٣ القانون رقم ٣١ سنة ١٩٧٣ بإعفاء بعض المتخلفين عن الفحص أو التجنيد من حكم المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ ناصا فى مادته الأولى على أن « يعفى من حكم المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ فى شأن الخدمة العسكرية والوطنية المعدل بالقانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٦٠ والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ المتخلفون عن الفحص أو التجنيد ممن بلغوا سن الثلاثين قبل العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ » . وقد كانت الحكومة تقدمت إلى مجلس الشعب بمشروع قانون بعدم سريان أحكام المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ فى شأن الخدمة العسكرية والوطنية على مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها المتخلفين عن الفحص أو التجنيد تجرى مادته الأولى بما نصه « لا تسرى أحكام المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ فى شأن الخدمة العسكرية والوطنية على مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها الذين تخلفوا عن الفحص أو التجنيد وامتنع تجنيدهم لبلوغهم سن الثلاثين » فوضعت لجنة الأمن القومى والتعبئة القومية تقريرا عنه أوردت فيه « ... ونظرا لذلك تقدمت الحكومة بمشروع القانون المعروض الذى تنص المادة الأولى منه على عدم سريان أحكام المادة ٦٦ المشار إليها على المتخلفين من مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها وامتنع تجنيدهم لبلوغهم سن الثلاثين ، وترى اللجنة ما يلى : ١ - نظرا لأن أحكام هذه المادة وردت بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل للقانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ قد بدأ سريانها قانونا على كل من ارتكب جريمة التخلف منذ تاريخ نشر القانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٦٠ والعمل به طبقا لحكم المادة ٦ منه فإن الحالة التى تناولتها المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المعروض هى حالة إعفاء المتخلفين عن التجنيد من مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها من الجريمة التى نصت عليها المادة ٦٦ لذلك فقد رأت اللجنة تعديل عنوان مشروع القانون ونص المادة الأولى منه بما يفيد ذلك ، وهذا الإعفاء

من شأنه أن يشمل جميع المتخلفين المشار إليهم سواء من لم يقدم للمحاكمة حتى الآن أو قدم للمحاكمة ولم يفصل فى الدعوى أو حكم ضده ومازال محبوسا ، وقد وافقت الحكومة على هذا التعديل ، ٢ - ونظرا لأن العلة فى الإعفاء هى تجاوز هذه الفئة من المتخلفين سن الثلاثين قبل العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ الذى رفع الحد الأقصى لسن التجنيد إلى الخامسة والثلاثين ، ومن ثم امتنع تجنيدهم طبقا لنص المادة ٥٤ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ لذلك فقد رأت اللجنة أن يشمل الإعفاء جميع المتخلفين الذين بلغوا سن الثلاثين قبل العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ لتوافر نفس العلة فيهم ، ومن ثم عدل نص المادة الأولى من مشروع القانون بما يحقق ذلك » ، لما كان ذلك . وكان مما هو ثابت فى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد بلغ سن الثلاثين قبل ١٨ مارس سنة ١٩٧١ - تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ - فإن الفعل المسند إليه كان قد أصبح بمنأى عن التأثيم طبقا لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٣ سالف الذكر منذ صدوره فى ١٢ من مايو سنة ١٩٧٣ ، وكان هذا القانون باعتباره قانونا أصلح للمتهم هو الواجب الاتباع دون غيره عملا بالفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات ، مما كان يتعين معه على الحكم النهائى المطعون فيه الصادر من بعد ذلك فى ١٩ من مايو سنة ١٩٧٣ أن يعمل حكم هذا القانون بيد أنه لم يفعل . لما كان ذلك ، وكان مما هو مقرر وفق الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أن لهذه المحكمة أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا تبين لها مما هو ثابت فيه أنه مبنى على مخالفة للقانون أو على خطأ فى تطبيقه أو تأويله ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون ، فإنه يتعين نقضه وتصحيحه بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء ببراءة المطعون ضده من التهمة المسندة إليه .

الطعن ١٢٣٩ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٢٣ من فبراير سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ١٦٩ »

١ – قانون « إقليمية القانون » . فاعل أصلى . شريك .

سريان أحكام قانون العقوبات على كل شخص وطنيًا كان أو أجنبيا ارتكب خارج القطر فعلا يجعله فاعلا أصليا أو شريكا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها داخل إقليم الدولة . لا أهمية لكون الجانى أجنبيا مقيمًا فى الخارج ولم يسبق له الحضور إلى البلاد وذلك عملا بحكم المادة ٢ / ١ عقوبات . مثال فى جريمة تحريض على الدعارة .

(٢ ، ٣) دعارة . قواعدة دولية . « أركانها » . « قصد جنائى » .

٢ – اتفاق الطاعنة خارج القطر مع مصريتين على تحريض بعض الفتيات المصريات على مغادرة البلاد وتسهيل سفرهن للاشتغال بالدعارة تحت ستار العمل بالملاهى الليلية التى تمتلكها الأولى فى دولة أخرى . يكفى لتوفر جريمة الاشتراك فى ممارسة الدعارة بموجب حكم المادة ٣ / ١ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ .

٣ – العبرة فى جرائم القواده الدولية بقصد الجانى نفسه لا بقصد المجنى عليها . تحقق الجريمة ولو كان الغرض الذى أدركته المجنى عليها من نقلها غرضًا مشروعًا ما دام الجانى يضمر غرضًا آخر هو البغاء .

١ – لما كانت الفقرة (أولا) من المادة الثانية من قانون العقوبات قد نصت – استثناء من قاعدة إقليمية القوانين الجنائية – على أن تسرى أحكام هذا القانون على كل من ارتكب فى خارج القطر فعلا يجعله فاعلا أو شريكا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى القطر المصرى ، فإن مفاد ذلك أن حكم هذه الفقرة ينصرف إلى كل شخص سواء أكان وطنيا أم أجنبيا ارتكب فى الخارج فعلا يجعله فاعلا أصليا أو شريكا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها داخل إقليم الدوله ، ويتم الاشتراك بطريقة أو أكثر من طرق الاشتراك المنصوص عليها فى

القانون ويتحقق ولو كان الجانى أجنبيًا مقيما فى الخارج ولم يسبق له الحضور إلى البلاد . لما كان ذلك فإنه لا محل لما تحتج به الطاعنة من أنها سورية الجنسية وأنه لم يسبق لها دخول البلاد قبل يوم ضبطها .

٢ – تنص المادة الثامنة من قانون العقوبات على أن« تراعى أحكام الكتاب الأول من هذا القانون فى الجرائم المنصوص عليها فى القوانين واللوائح الخصوصية إلا إذا وجد فيها نص يخالف ذلك » كما جرى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة فى الجمهورية العربية المتحدة بأن « كل من حرض ذكرا لم يتم الحادية والعشرين سنة ميلادية أو أنثى أيا كان سنها على مغادرة الجمهورية العربية المتحدة أو سهل ذلك أو استخدمه أو صحبه معه خارجها للاشتغال بالفجور أو الدعارة وكل من ساعد على ذلك مع علمه به يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة من مائة جنيه إلى خمسمائة جنيه ... » لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت فى حق الطاعنة اتفاقها فى الخارج مع المحكوم عليهم الأول والرابع والخامسة على تحريض بعض الفتيات المصريات على مغادرة البلاد وتسهيل سفرهن للاشتغال بالدعارة تحت ستار العمل بالملاهى الليلية التى تمتلكها الطاعنة فى منزوفيا بدولة ليبريا وقد مارسنها بالفعل ، وأن عناصر تلك الجرائم قد توافرت فى إقليم الدولة المصرية ، وأورد الحكم من الاعتبارات السائغة ما يبرر بها قضاءه بما ينم عن فهم سليم للواقع فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس .

٣ – العبرة فى جرائم القوادة الدولية بقصد الجانى نفسه لا بقصد المجنى عليها فتقع الجريمة ولو كان الغرض الذى أدركته المجنى عليها من نقلها غرضا مشروعا ما دام الجانى يضمر غرضا آخر هو البغاء . كما أنه ليس بلازم لوقوعها أن يكون الجانى قاصدا استخدام المجنى عليها لمباشرة الدعارة عقب نقلها أو تسفيرها وإنما يكفى أن يكون

قصده منصرفا إلى استخدامها فى عمل من شأنه أن يؤدى بها فى النهاية إلى ممارسة البغاء – لما كان ذلك – فان ما تثيره الطاعنة من أن سفر هؤلاء الفتيات كان لغرض مشروع بدلالة تحريرهن عقود عمل فى مصر وحصولهن على تصاريح بالسفر طبقا للقانون يكون لا محل له .

الطعن ١٦٢٧ سنة ٤١ قضائية

جلسة ٦ مارس سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٣٠١ »

(١ ، ٢)قانون « نفاذه » « تفسيره » . قانون دولى « معاهدات دولية » . مواد مخدرة . قرار وزارى .

١ – الشارع المصرى لم يرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة بالجداول الملحقة بالقانون ١٨٢ سنة ١٩٦٠ من بعد العمل باتفاقية نيويورك بدلالة عدم صدور قرارى وزارى طبقا للمادة ٣٢ قانون المخدرات بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب فى المواد الواردة بتلك الجداول .

٢ – إلغاء النص التشريعى لا يجوز إلا بتشريع لا حق . القانون الجنائى . طبيعته .

١ – القانون الجنائى هو قانون جزائى له نظام قانونى مستقل عن غيره من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية إذ يرمى من وراء العقاب إلى الدفاع عن أمن الدولة ، ومهمته الأساسية حماية المصالح الجوهرية فيها فهو ليس مجرد نظام قانونى تقتصر وظيفته على خدمة الأهداف التى تعنى بها تلك النظم . وعلى المحكمة عند تطبيقه على جريمة منصوص عليها فيه وتوافرت أركانها وشروطها أن تتقيد بإرادة الشارع فى هذا القانون الداخلى ومراعاة أحكامه التى خاطب بها المشرع القاضى الجنائى فهى الأولى فى الاعتبار بغض النظر عما يفرضه القانون الدولى من قواعد أو مبادئ يخاطب بها الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية .

٢ – من المقرر أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر

قواعده ذلك التشريع وإذ كان البين مما جاء بديباجة الاتفاقية الوحيدة للمخدرات الموقعة فى نيويورك بتاريخ ٣٠ من مارس سنة ١٩٦١ والتى صدر القرار الجمهورى رقم ١٧٦٤ سنة ١٩٦٦ فى ٢ مايو سنة ١٩٦٦ بالموافقة عليها أن غايتها قصر استعمال المخدرات على الأغراض الطبية والعلمية وقيام تعاون ومراقبة دوليين دائمين لتحقيق تلك الغاية وكان البين من استقراء نصوص الاتفاقية وأخصها المادة الثانية – فى دعوتها الدول لبذل غاية جهدها لتطبيق إجراءات الإشراف الممكنة على المواد التى لا تتناولها الاتفاقية والتى قد تستعمل مع ذلك فى صنع المخدرات غير المشروع – والفقرة الأخيرة من المادة السادسة والثلاثين فيما نصت عليه من أن « لا تتضمن هذه المادة أى حكم يخل بمبدأ تعريف الجرائم التى تنص عليها ومحاكمة مرتكبيها ومعاقبتهم وفقا للقوانين المحلية فى الدول والأطراف المعنية » ، فإن هذه الاتفاقية لا تعدو مجرد دعوة إلى الدول بصفتها أشخاص القانون الدولى العام إلى القيام بعمل منسق لضمان فاعلية التدابير المتخذة ضد إساءة استعمال المخدرات لأن الاتفاقية لم تلغ أو تعدل – صراحة أو ضمنا – أحكام قوانين المخدرات المعمول بها فى الدول التى تنضم إليها ، بل لقد حرصت على الإفصاح عن عدم إخلال أحكامها بأحكام القوانين المحلية فى الدول الأطراف المعنية . وإذا كانت المادة ٣٢ من القانون رقم ١٨٢ سنة ١٩٦٠ قد خولت الوزير المختص بقرار يصدره أن يعدل فى الجداول الملحقة به بالحذف وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها فإن عدم صدور قرار بشئ من ذلك من بعد العمل بتلك الاتفاقية يعنى أن الشارع المصرى لم يرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة بتلك الجداول .

الطعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ ق

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٤٨٣ »

١ ، ٢ – حضانة . جريمة « أركانها » . أحوال شخصية .

١ – جريمة المادة ٢٩٢ / ١ عقوبات . مناط تطبيقها . صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه . وامتناع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه .

٢ – اختلاف حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية . سواء رؤية الأب لولده وهو فى حضانة النساء . أو رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو غيره من العصبات .

٣ – عقوبة . قانون « تفسيره »

لا عقوبة إلا بنصّ . عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى . الأخذ فى حالة الشك بالتفسير الأصلح للمتهم .

٤ – حضانة . نقض . « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » . أحوال شخصية .

إدانة الحكم المتهم بأنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها طبقا لنص المادة ٢٩٢ / ١ عقوبات . خطأ فى تطبيق القانون . نص المادة مقصور على صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه . لا يصح التفسير بشمول حالة الرؤية .

١ – جرى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات بأن « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولدولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه » فمناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار .

٢ – يختلف كل من حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء

أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصبات .

٣ – من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الأخذ فيه بطريق القياس والأخذ – فى حالة الشك – بالتفسير الأصلح للمتهم .

٤ – إذا كان الحكم المطعون فيه قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقا منه للفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عبارتها فى كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف عنها بطريق التفسير والتأويل إلى شمول حالة الرؤية ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه .

الطعن ٥٥١ لسنة ٥٢ قضائية

جلسة ١٩ من يونية سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٩٤٠ »

(١ ، ٢) تزوير . أطباء . ظروف مخففة . عقوبة . قانون . « تفسيره » .

١ – عقوبة الجنحة المقررة فى المادة ٢٢٢ عقوبات . قصد بها الشارع التزوير المعنوى دون المادى .

٢ – جرائم التزوير المعاقب عليها بعقوبات مخففة بموجب المواد ٢١٧ وما بعدها من قانون العقوبات . استثناء لا يصح التوسع فيه .

١ – إن المادة ٢٢٢ من قانون العقوبات إذ قررت عقوبة الجنحة للطبيب الذى يعطى بطريق المجاملة شهادة مزورة بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة مع علمه بتزوير ذلك ، لم تعن التزوير المادى وإنما التزوير المعنوى الذى يقع بجعل واقعة مزورة فى صورة واقعة صحيحة ، حال تحرير الطبيب الشهادة .

٢ – من المقرر أن جرائم التزوير المعاقب عليها بعقوبات مخففة بمقتضى المواد ٢١٧ وما بعدها من قانون العقوبات قد جاءت على سبيل الاستثناء ، فلا يصح التوسع فى تطبيق هذه المادة بإدخال وقائع لا تتناولها نصوصها . ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه حيال تزوير مادى بطريق الاصطناع ، بإنشاء تقرير طبى لم يصدره أى طبيب على الإطلاق وأعطى شكل ورقة رسمية تضمنت بيانا على خلاف الحقيقة هو إدخال الطاعن المستشفى الجامعى الرئيسى لفترة ما للعلاج وقد حرر ذلك التقرير على إحدى مطبوعات المستشفى المذكور وبصم بخاتمه ووضعت عليه إمضاء مزورة منسوبة لمديره ، فإن قول الطاعن بانطباق المادة ٢٢٢ من قانون العقوبات على واقعة الدعوى يكون غير ذى محل .

الطعن ٣٣٨ سنة ٥٢ قضائية

جلسة ١٥ من مايو سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٧٢٤ »

(١ ، ٢) قبض وحبس بدون وجه حق . قصد جنائى . موظفون عموميون . مسئولية جنائية . قانون « تفسيره » . أسباب الإباحة وموانع العقاب .

١ – المادة ٦٣ / ٢ عقوبات . نفيها المسئولية عن الموظف العام إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه .

٢ – تعليل الحكم اعتقاد المتهم بضرورة ما فعله بأسباب معقولة . وانتهاؤه إلى تبرئة المتهم من تهمة القبض لاعتقاده مشروعيته . وأنه كان حسن النية . صحيح .

١ – تنفى الفقرة الثانية من المادة ٦٣ عقوبات المسئولية عن الموظف العام إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه .

٢ – متى كان الحكم قد أثبت حسن نية المطعون ضده التاسع

مرتكب الحجز وقال عنه إنه لم يصدر عن هوى فى نفسه وإنما كان يعتقد مشروعيته وأن إجراءه من اختصاصه بصفته قائما بأعمال نقطة الشرطة والمسئول عن الأمن فيها وأنه اضطر إلى ذلك لمنع وقوع جرائم أخرى تتمثل فى أن يقتص الطاعن الثانى من قاتلى أخيه وكان المطعون ضده التاسع قد تثبت وتحرى عن ظروف الحادث من العمدة (المطعون ضده العاشر) وقد علل الحكم اعتقاد المطعون ضده التاسع بضرورة ما فعله من احتجازه الطاعن الثانى بديوان النقطة بأسباب معقولة هى أن للطاعن المذكور من العصبة والقوة ما يمكنه من الاعتداء على قاتلى أخيه – فإن الحكم إذ انتهى إلى القضاء ببراءة المطعون ضدهما التاسع والعاشر من التهمة المسندة إليهما يكون قد أصاب سديد القانون .

الطعن ١٠٥٩ سنة ٤٢ ق

جلسة ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ١٠٦٧ »

تبديد . خيانة أمانة . قانون . حق الحبس . مسئولية جنائية . دفوع . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره » . حكم . « تسبيبه . تسبيب معيب » . أسباب الإباحة « استعمال الحق فى الحبس » .

حق الحبس طبقا للمادة ٢٤٦ مدنى يبيح الامتناع عن رد الشئ حتى استيفاء ما هو مستحق من أجر إصلاحه . الدفع به من شأنه إن صح وحسنت النية انعدام المسئولية الجنائية طبقا للمادة ٦٠ عقوبات . دفاع جوهرى.إغفاله وعدم الرد عليه بما يدفعه . قصور . مثال فى تبديد .

إذا قام دفاع الطاعن على أن الآلة المسلمة إليه موجودة ولم تبدد وأنه طلب أولا مهلة لاستكمال إصلاحها ثم أبدى بعد ذلك استعداده لتسليمها للشركة المجنى عليها بعد أن يتقاضى باقى أجره المتفق عليه لإصلاحها ، وإذ كان حق الحبس المقرر بمقتضى المادة ٢٤٦ من القانون المدنى يبيح للطاعن الامتناع عن رد الشئ (الآلة موضوع الجريمة) حتى يستوفى ما هو مستحق له من أجر إصلاحه وهو ما من شأنه – إن

صح وحسنت نيته – انعدام مسئوليته الجنائية بالتطبيق لأحكام المادة ٦٠ من قانون العقوبات ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل تحقيق دفاع الطاعن فى هذا الصدد وهو دفاع جوهرى من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى – ولم يستظهر مدى جديته ولم يرد عليه بما يدفعه واجتزأ فى إدانته بمجرد القول بأنه تسلم الآلة لإصلاحها ثم لم يردها ، يكون معيبا بالقصور بما يبطله ويوجب نقضه والإحالة .

الطعن ٤٦٢ لسنة ٤١ ق

جلسة ١٣ من يونية سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٤٧٢ »

(أ) رشوة . إخفاء أشياء مسروقة . قبض . مسئولية جنائية . « موانع المسئولية » إثبات . « بوجه عام » . حكم . « تسبيبه . تسبيب غير معيب » .

عدم توافر حالة الضرورة المانعة من المسئولية الجنائية للمتهم بعرض الرشوة إذا كان اقتياده لمقر الشرطة له ما يبرره قانونا .

مناط توافر حالة الضرورة المانعة من المسئولية الجنائية . ألا يكون لإرادة الجانى دخل فى قيامها .

(ب) حكم . « ما لا يعيبه فى نطاق التدليل » .

متى لا يؤثر التقرير القانونى الخاطئ فى الحكم .

١ – إن اقتياد الضابط للمتهم إلى مقر الشرطة لإتمام تحقيق بلاغ ضده يتضمن شراءه حديدا مسروقا وجد جانبا منه أمام منزله وأسفل سلمه ، مع عجزه عن إثبات مصدره ، ليس فيه ما يخالف القانون بل إن القانون يسوغ للضابط هذا الإجراء وقد توافرت الدلائل على صحة البلاغ المقدم إليه ، وليست التحقيقات أو جمع الاستدلالات بحالة الضرورة المعرفة فى القانون والتى ترفع المسئولية الجنائية عن المتهم بعرض الرشوة إذ يشترط فى حالة الضرورة ألا يكون لإرادة الجانى دخل فى حلولها وإلا كان للمرء أن يرتكب أمرا مجرما ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما ارتكبه .

٢ – لا يقدح فى سلامة الحكم ما انساق إليه من تقرير قانونى خاطئ عندما وصف اقتياد الضابط للطاعن إلى مقر الشرطة بأنه لم يكن قبضا بعد الذى انتهى إليه فى مدوناته من عدم مخالفة هذا الإجراء للقانون .

الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٤ من مارس سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٢٤٦ »

نقض . « أسباب الطعن . ميعادها » . قوة قاهرة .

مرض المحامى . لا يبرر تقديم أسباب الطعن بالنقض بعد الميعاد .

أسباب الطعن بالنقض . وجوب تقديمها فى نفس الميعاد المقرر للطعن .

من المقرر أن مرض المحامى ليس من قبيل الظروف القاهرة التى من شأنها أن تحول دون تقديم مذكرة أسباب الطعن بالنقض فى الميعاد . ولما كان التقرير بالطعن بالنقض فى الحكم هو مناط اتصال المحكمة به وأن تقديم الأسباب التى بنى عليها الطعن فى الميعاد الذى حدده القانون هو شرط لقبوله ، وكان التقرير بالطعن وتقديم أسبابه يكونان معا وحدة إجرائية لا يقوم فيها أحدهما مقام الآخر ولا يغنى عنه ، وكان يجب إيداع التقرير بأسباب الطعن فى نفس الميعاد المقرر للطعن . ولما كان الثابت أن الطاعن وإن قرر بالطعن بالنقض فى الحكم فى الميعاد القانونى إلا أن أسباب الطعن لم تقدم إلا بعد فوات الميعاد ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلا ، ولا يغير من هذا الحكم تقديم شهادة بمرض المحامى الذى كان يتولى الدفاع عن الطاعن أمام محكمة الموضوع .

الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٤١ قضائية

جلسة ١٨ من أكتوبر سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٥٤٩ »

(أ ، ب ، ج) حكم . « حجيته » . قوة الشئ المقضى . حجية الشئ المقضى . دفوع . « الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل

فيها » . نظام عام . نقض . « أسباب الطعن . ما لا يقبل منها » . دعوى جنائية . « نظرها والحكم فيها » .

(أ) مناط حجية الأحكام : اتحاد الخصوم والموضوع والسبب . متى يكون هناك اتحاد فى السبب ؟

(ب) التزام المحكمة بتطبيق القانون على وجهه الصحيح دون التقيد بما تعتنقه محكمة أخرى من آراء قانونية .

(ج) تعلق الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالنظام العام . جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. شرط ذلك ؟

١ – من المقرر أن مناط حجية الأحكام هى وحدة الخصوم والموضوع والسبب . ويجب للقول باتحاد السبب أن تكون الواقعة التى يحاكم المتهم عنها هى بعينها الواقعة التى كانت محلا للحكم السابق ، ولا يكفى للقول بوحدة السبب فى الدعويين أن تكون الواقعة الثانية من نوع الواقعة الأولى أو أن تتحد معها فى الوصف القانونى ، أو أن تكون الواقعتان كلتاهما حلقة من سلسلة وقائع متماثلة ارتكبها المتهم لغرض واحد ، إذا كان لكل واقعة من هاتين الواقعتين ذاتية خاصة وظروف خاصة تتحقق بها المغايرة التى يمتنع معها القول بوحدة السبب فى كل منها .

٢ – من المسلم به أن المحكمة ملزمة بتطبيق القانون على وجهه الصحيح دون التقيد بما تعتنقه محكمة أخرى من آراء قانونية . ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها فى قضية أخرى على أساس أن ما قطع به الحكم المحاج به من عدم انطباق قانون معين على واقعة تلك الدعوى هو أمر متعلق بتطبيق القانون مما لا يحوز حجية فى الواقعة الجديدة ما دام الطاعن لا يزعم فى طعنه بوحدة الواقعة بين الدعويين ، فإن ما ينعاه فى هذا الصدد يكون على غير أساس .

٣ – من المقرر أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها متعلق بالنظام العام ويجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ،

متى كانت مقوماته واضحة من مدونات الحكم المطعون فيه أو كانت عناصر هذا الدفع قد انطوت عليها الأوراق بغير حاجة إلى إجراء تحقيق موضوعى .

الطعن رقم ١٨٠٨ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٨ من يناير سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٧٨ »

(١ ، ٢ ، ٣) شيك بدون رصيد . جريمة . « أركانها » . قوة الشئ المحكوم فيه . حكم « حجيته » . قصد جنائى . باعث . دعوى مدنية .

١ – جريمة إصدار شيك بدون رصيد . لا عبرة بالأسباب التى دفعت إلى إصدار الشيك . صدور حكم مدنى حائز لقوة الشئ المقضى بأن الشيك حرر ضماناً لعملية تجارية . لا أثر له على قيام الجريمة . علة ذلك ؟

٢ – توافر سوء النية فى تلك الجريمة بمجرد علم مُصدر الشيك بعدم وجود مقابل وفاء قابل للسحب فى تاريخ الاستحقاق . الدفع بحسن النية بسبب معاملات كانت قائمة اقتضت إصدار الشيك . لا تنفى عنه توافر القصد الجنائى ولا تؤثر فى مسئوليته الجنائية .

٣ – الدفع بسقوط حق المدعى المدنى فى المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجنائى لسبق التجائه للقضاء المدنى . محله : اتحاد الموضوع فى الدعويين . مثال .

(٤) دعوى مدنية . « مدى اختصاص المحاكم الجنائية بنظرها » . شيك بدون رصيد .

متى تختص المحكمة الجنائية بدعوى الحقوق المدنية : إذا كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئاً مباشرة عن ضرر للمدعى من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية .

(٥) دفوع . « الدفع باعتبار المدعى المدنى تاركاً لدعواه » .

الدفع باعتبار المدعى المدنى تاركاً لدعواه . طبيعته : دفع موضوعى . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

١ – من المقرر أن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتحقق بمجرد إعطاء الساحب الشيك الى المستفيد مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء قابل للسحب ، إذ يتم بذلك طرح الشيك فى التداول فتنعطف عليه الحماية القانونية التى أسبغها الشارع بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجرى مجرى النقود فى المعاملات ولاعبرة بعد ذلك بالأسباب التى دفعت لإصدار الشيك لأنها من قبيل البواعث التى لا تأثير لها فى قيام المسئولية الجنائية مادام الشارع لم يستلزم نية خاصة لقيام هذه الجريمة . كما أنه لا محل لما يحتج به الطاعن من صدور حكم مدنى حائز لقوة الشئ المقضى بأن الشيك حرر ضماناً لعملية تجارية لما هو مقرر وفقاً للمادة ٤٥٧ من قانون الإجراءات الجنائية من أنه لا يكون للأحكام الصادرة من المحاكم المدنية قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها . ذلك أن الأصل أن المحكمة الجنائية مختصة بموجب المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية بالفصل فى جميع المسائل التى يتوقف عليها الحكم فى الدعوى الجنائية أمامها مالم ينص القانون على خلاف ذلك وهى فى محاكمة المتهمين عن الجرائم التى يعرض عليها الفصل فيها لايمكن أن تتقيد بأى حكم صادر من أية جهة أخرى مهما كانت وذلك ليس فقط على أساس أن مثل هذا الحكم لا تكون له قوة الشئ المحكوم فيه بالنسبة للدعوى الجنائية لانعدام الوحدة فى الخصوم أو السبب أو الموضوع ، بل لأن وظيفة المحاكم الجنائية والسلطة الواسعة التى خولها القانون إياها للقيام بهذه الوظيفة بما يكفل لها اكتشاف الواقعة على حقيقتها كى لا يعاقب برئ أو يفلت مجرم ، ذلك يقتضى ألا تكون مقيدة فى أداء وظيفتها بأى قيد لم يرد به نص فى القانون .

٢ – يتوفر سوء النية فى جريمة إعطاء شيك بدون رصيد بمجرد علم مصدر الشيك بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب فى تاريخ

الاستحقاق . ومن ثم فإن الأسباب التى ساقها الطاعن للتدليل على أنه كان حسن النية عند إصدار الشيكين بسبب المعاملات التى كانت قائمة بينه وبين المجنى عليه بما اقتضته إلى إصدارهما ضماناً لوفائه بالتزاماته – لا تنفى عنه توافر القصد الجنائى ولا تؤثر فى مسئوليته الجنائية .

٣ – متى كان يبين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أن المدعى بالحقوق المدنية أسس دعواه أمام المحكمة المدنية على المطالبة بقيمة الدين المثبت فى أحد الشيكين موضوع الدعوى كما أسس دعواه المدنية أمام المحكمة الجنائية على المطالبة بتعويض الضرر الفعلى الناتج من عدم قابلية الشيك للصرف ، وقد انتهى الحكم المطعون فيه إلى القضاء له بهذا التعويض باعتباره ناشئاً على الجريمة التى دان الطاعن بها ، فإن مايثيره الطاعن من دفع بسقوط حق المجنى عليه بالمطالبة بالتعويض المدنى أمام القضاء الجنائى لسبق التجائه للقضاء المدنى يكون غير سديد لاختلاف موضوع الدعويين .

٤ – إنه وإن كان الأصل فى دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع إلى المحاكم المدنية إلا أن القانون أباح استثناء رفعها الى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئاً عن ضرر للمدعى من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية . بمعنى أن يكون طلب التعويض ناشئاً مباشرة من الفعل الخاطئ المكون للجريمة موضوع الدعوى الجنائية ، فإذا لم يكن الضرر الذى لحق به ناشئاً عن هذه الجريمة سقطت هذه الإباحة وكانت المحاكم الجنائية غير مختصة بنظر الدعوى المدنية . ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المدعى بالحقوق المدنية لم يطلب القضاء له بقيمة الشيك وإنما القضاء له بتعويض ماأصابه من ضرر ناشئ عن عدم صرف قيمة الشيك ومتصل به اتصالاً سببياً مباشراً ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه فيما قضى به من إلزام الطاعن بالتعويض .

٥ – متى كان الثابت من محاضر جلسات المحاكمة الاستئنافية أن

المتهم (الطاعن) لم يطلب اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركاً لدعواه ، فإنه لا يجوز له أن يثير شيئاً من ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن الدفع باعتبار المدعى المدنى تاركاً لدعواه هو من الدفوع التى تستلزم تحقيقاً موضوعياً .

الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٤ من يناير سنة ١٩٧١ « س٢٢ ص٥ ٣ »

قانون « إلغاؤه » تعديله . خبز . تموين

إلغاء التشريع أو تعديله . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ينص على ذلك صراحة أو ضمنا .

قرار وزير التموين رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٧ . لم يتناول بالإلغاء الصريح أو الضمنى أوزان الخبز البلدى التى حددتها المادة ٢٤ من القرار ٩٠ لسنة ١٩٥٧ . بقاء تلك الأوزان سارية المفعول فى شأن الخبز المصنوع من دقيق القمح الصافى حتى بعد العمل بالقرار ١١٦ لسنة ١٩٦٧ .

التشريع لا يلغى أو يعدل إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ينص صراحة على ذلك أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . ولما كان يبين من المادة ٢٤ من قرار التموين رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ فى شأن استخراج الدقيق وصناعة الخبز أنها حددت وزن الرغيف من الخبز البلدى بأوزان معينة بالنسبة إلى كل جهة من الجهات الواردة بها ، كما أنه يبين من قرار التموين رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٧ أنه رفع نسبة استخراج دقيق القمح الصافى المنصوص عليها بالقرارين رقمى ٨٩ لسنة ١٩٥٧ و ٩٠ لسنة ١٩٥٧ من ٩٠٪ الى ٩٣,٣٪ بالنسبة لجميع أنواع القمح ، وكان القرار رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٧ سالف البيان لم يتناول بالإلغاء الصريح أو الضمنى أوزان الخبز البلدى التى حددتها المادة ٢٤ من القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ ، فإن الأوزان تكون باقية وسارية المفعول فى شأن الخبز المصنوع من دقيق القمح

الصافى استخراج ٩٣,٣٪ حتى تاريخ العمل بالقرار ١١٦ لسنة ١٩٦٧ .

الطعن رقم ١٨٠٢ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٤ من يناير سنة ١٩٧٠ « س٢١ ص ٣٢ »

(أ ، ب) عمل . عقوبة . « تطبيقها » . « تعددها » . حكم . « تسبيبه . تسبيب معيب » . نقض . « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » .

(أ) جريمتا عدم تحرير عقد عمل وعدم إنشاء ملف لكل عامل . تعدد العقوبات فيها بقدر عدد العمال . مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .

(ب) عدم استظهار الحكم عدد العمال الذين وقعت فى شأنهم جريمتا عدم تحرير عقود عمل وعدم إنشاء ملفات . قصور .

(ج ، د ، هـ) عمل . ارتباط . قانون . « التفويض التشريعى » .

(ج) مناط تطبيق المادة ٣٢ / ٢ عقوبات .

(د) التزام صاحب العمل بإعداد سجل لقيد الأجور وآخر لقيد الغرامات . لا ارتباط بينها . علة ذلك ؟

(هـ) خلو قانون العمل من نص يلزم صاحب العمل بتقديم مايفيد حصول عماله على أجازتهم أو ينظم كيفية إثبات حصولهم عليها ، كما فعل بالنسبة لإثبات تقاضى الأجر .

(و) إجراءات المحاكمة . محكمة استئنافية . « الإجراءات أمامها » . عمل . حكم . « تسبيبه . تسبيب معيب » . نقض . « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » . وصف التهمة .

اتهام الطاعن بأنه لم يقدم مايثبت منحه عماله أجازات . عدم جواز توجيه تهمة عدم منحه عماله أجازات . مادام أن النيابة لم ترفع عليه الاتهام عنها ولم تقل ذلك فى مرافعتها . مخالفة ذلك . خطأ فى القانون . المادة ٣٠٧ إجراءات .

١ — إذا كان ماوقع من المتهم مخالفاً لنص المادتين ٤٣ ، ٦٩ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، من أنه لم يحرر عقد عمل بينه وبين

عماله وأنه لم ينشئ ملفاً لكل عامل ، فإن ماوقع منه فى هذا الشأن يمس مباشرة وبالذات مصالح العمال ويجحف بحقوقهم ، فكان يتعين أن تقضى المحكمة بتعدد الغرامة المحكوم بها فى هاتين التهمتين بقدر عدد العمال ، وإذ كان ماتقدم ، وكان الحكم المطعون فيه لم يقض بذلك فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

٢ - إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر فى مدوناته عدد العمال الذين وقعت فى شأنهم جريمتا عدم تحرير عقود عمل ، وعدم إنشاء ملف لكل عامل ، فإنه يكون معيباً بالقصور الذى يعجز محكمة النقض عن تصحيح الخطأ فى القانون ، مما يستوجب أن يكون مع النقض الإحالة .

٣ - إن مناط تطبيق المادة ٣٢ / ٢ من قانون العقوبات ، أن تكون الجرائم قد انتظمتها خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكملة لبعضها البعض ، فتكونت منها مجتمعة الوحدة الإجرامية التى عناها المشرع بالحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٣٢ المذكورة .

٤ - التزام رب العمل بإعداد سجل لقيد الأجور ، لم ينص عليه فى قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بل نص عليه فى قرار وزير العمل رقم ١٨١ لسنة ١٩٦٤ بناء على التفويض التشريعى الوارد فى المادة ١٢٦ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، والغرض من إنشاء هذا السجل هو تنظيم عملية ربط وتحصيل الاشتراكات المستحقة وفقاً لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية ، أما التزام رب العمل بإنشاء سجل لقيد الغرامات ، فقد نص عليه فى المادة ٧٠ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، والغرض من إنشاء هذا السجل هو حصر الغرامات الموقعة على العمال ، ومن ثم فإن قعود صاحب العمل عن إنشاء سجل لقيد الأجور ، إنما هو عمل مستقل تمام الاستقلال عن عدم إنشائه سجلاً لقيد الجزاءات ، ولا يوجد ثمة ارتباط بين هاتين الجريمتين فى مفهوم الفقرة الثانية من المادة ٣٢ عقوبات .

٥ - إن قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ جاء خلوا من النص على إلزام صاحب العمل بتقديم مايفيد حصول العمال على الأجازات المنصوص عليها فيه ، وتنظيم كيفية إثبات حصولهم عليها ، كما فعل بالنسبة لإثبات تقاضى الأجر طبقاً لنص المادة ٤٩ من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٤١ لسنة ١٩٥٩ الصادر تنفيذاً لهذا الأمر ، ولم يشأ المشرع تأثيم هذا الفعل ، ولم يضع عقوبة كجزاء على مخالفته .

٦ - من المقرر طبقاً للمادة ٣٠٧ من قانون الإجراءات الجنائية ، أنه لا يجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التى وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور ، وإذ كان ذلك ، وكانت التهمة الموجهة إلى المتهم فى طلب التكليف بالحضور وتمت المرافعة فى الدعوى على أساسها ، هى أنه لم يقدم مايفيد منح عماله أجازات الأعياد الرسمية ، ولم تقل النيابة إن المتهم لم يمنح عماله أجازاتهم ، ولم ترفع الدعوى عن ذلك ، فما كان يحق للمحكمة الاستئنافية أن توجه للمتهم هذه التهمة أمامها .

الطعن رقم ١٦٦٢ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٢ من يناير سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٧١ »

تموين . عقوبة . « وقف تنفيذها » . قانون . « التفويض التشريعى » . قرارات وزارية . حكم . « تسبيبه . تسبيب معيب » .

وقف تنفيذ العقوبات فى الجرائم التموينية . غير جائز . سواء كانت هذه الجرائم مؤثمة طبقاً للقانون أو لقرار وزير التموين . أساس ذلك : المادة ٥٦ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل .

وقف التنفيذ ليس عقوبة . هو قيد لها .

إن عقوبة الغرامة التى يقضى بها وفقاً لقرار وزير التموين رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٦ ، يرد عليها القيد العام الوارد فى المادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٢ فى شأن عدم جواز الحكم بوقف تنفيذها ، باعتبارها قاعدة

وردت فى أصل التشريع الذى خول وزير التموين إصدار القرارات التنفيذية المشار إليها ، مما لازمه اتباعها وعدم الخروج عليها فى حالة فرض كل أو بعض العقوبات المنصوص عليها فى تلك المادة ، على اعتبار أن وقف التنفيذ ليس بذاته عقوبة مما يصدق عليها التبعيض المصرح به فى التفويض التشريعى المخول لوزير التموين ، بل هو قيد للعقوبات يجب دائماً أن توقع على أساسه تحقيقاً لمراد الشارع وماتغياه من ردع عام فى نطاق الجرائم التموينية ، سواء كانت مؤثمة طبقاً للقانون ذاته أو للقرارات التنفيذية له .

الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٥ مايو سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٧٣٩ »

قانون « دستوريته » قرارات وزارية . لوائح . كحول . غش .

مشروعية قرار نائب رئيس الوزراء رقم ٣٥١ لسنة ١٩٦٥ فى شأن مواصفات الكحول . حق السلطة التنفيذية فى إصدار اللوائح التشريعية .

لما كان قرار نائب رئيس الوزراء رقم ٣٥١ لسنة ١٩٦٥ ورد فى ديباجته أنه صدر بالاستناد إلى القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٤٧٠ لسنة ١٩٦٤ وقراره رقم ١٦٦ لسنة ١٩٦٥ والقانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٦ بشأن حظر تداول واستيراد مشروب الطافيا ، وكذلك القانون رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن تنظيم تحصيل رسم الإنتاج والاستهلاك على الكحول ، وكان القانون رقم ٦٥٨ لسنة ١٩٥٤ وقد ألغى استصدار المراسيم ، مما يترتب عليه أن قرار نائب رئيس الوزراء للصناعة وقد صدر فى نطاق التفويض التشريعى الوارد بالقوانين والقرارات المشار إليها ، ويكون قد حل محل المرسوم الذى استوجبته المادة الخامسة من قانون قمع الغش والتدليس ، وكان من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها ، أن من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو إعفاء من تنفيذها فضلاً عن أنه

لا مصلحة للطاعن فى هذا الوجه من النعى لأن عقوبة الغرامة المقضى بها مقررة فى القانون رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ المنطبق أيضاً على واقعة الدعوى .

الطعن ٤٤٤ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٠ مايو سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٦٧٧ »

(١ ، ٢) محكمة . قانون . « تطبيقه » حكم . « إجماع » . حالاته .

(١) واجب المحكمة أن تطبق القانون تطبيقاً صحيحاً على الوقائع الثابتة فى الدعوى .

(٢) اشتراط إجماع القضاة فى حالة إلغاء حكم البراءة أو تشديد العقوبة . قصره على حالات الخلاف فى تقدير الأدلة والوقائع والعقوبة .

١ - إنه من الواجب على المحكمة أن تطبق القانون تطبيقاً صحيحاً على الوقائع الثابتة فى الدعوى ، مادامت لم تخرج عن حدود الواقعة المرفوعة بها الدعوى أصلاً ولم تتعدَّ نطاق عناصرها القانونية ، وهو واجب عليها أن تمارسه حتماً قبل قضائها فى الدعوى دون لفت نظر الدفاع ، ولا يعطى ذلك للطاعن حقاً فى إثارة دعوى الإخلال بحق الدفاع فمن واجب المتهم أن يضمن دفاعه القانون الذى يعاقب على الواقعة المسندة إليه ، ومن ثم يكون ادعاء الطاعن أن الحكم قد انطوى على الإخلال بحقه فى الدفاع لأن النيابة طلبت عقابه بالمادتين ٤ / ٢ ، ٥٤ من قرار التموين رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٥ ، ولكن المحكمة أوقعت عليه العقوبة المقررة بالمادتين ١٤ ، ٢٦ / ٢ من قرار التموين رقم ١١٢ لسنة ١٩٦٦ ، غير سديد .

٢ - جرى قضاء محكمة النقض على أن مراد الشارع من النص فى المادة ٤١٧ من قانون الإجراءات الجنائية على وجوب إجماع قضاة المحكمة عند تشديد العقوبة أو إلغاء حكم البراءة ، إنما هو مقصور على حالات الخلاف بينها وبين محكمة أول درجة فى تقدير الوقائع والأدلة ، وأن تكون هذه الوقائع والأدلة كافية فى تقرير مسئولية المتهم واستحقاقه للعقوبة ، أو إقامة التناسب بين هذه المسئولية وتقدير

العقوبة ، وكل ذلك فى حدود القانون إيثاراً من الشارع لمصلحة المتهم ، فاشتراط إجماع القضاة قاصر على حالة الخلاف فى تقدير الوقائع والأدلة وتقدير العقوبة ، أما النظر فى استواء حكم القانون فلا يصح أن يرد عليه خلاف والمصير إلى تطبيقه على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى إجماع ، بل لا يتصور أن يكون الإجماع ذريعة إلى تجاوز حدود القانون أو إغفال حكم من أحكامه ، ومن ثم فإنه إذا كان حكم محكمة أول درجة قد طبق نصوصاً ملغاة وأعمل الحكم المطعون فيه النصوص التى تسرى على واقعه ، فإنه يكون قد اقتصر على تطبيق القانون تطبيقاً سليماً ، ولا يشترط لذلك إجماع قضاة المحكمة .

الطعن ١٨١٣ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٢٣ من فبراير سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص٢٩٥ »

تسعيرة . أسباب الإباحة . مسئولية جنائية . قانون . « تفسيره » . قرارات وزارية . إثبات « إثبات بوجه عام » . حكم « تسبيبه . تسبيب غير معيب » .

حق بيع السلعة بأسعار مخالفة لأسعار الجدول الأسبوعى. اعتباراً من اليوم التالى لانتهاء مدة العمل بذلك الجدول . مالم يصدر قرار من الوزير المختص بتعديل مدة العمل بذلك الجدول أو توجد للسلعة تسعيرة جديدة .

إن مقتضى المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ بشأن التسعير الجبرى وتحديد الأرباح ، أنه يجوز للتاجر أن يبيع السلعة بأسعار مخالفة لأسعار الجدول الأسبوعى ، وذلك اعتباراً من اليوم التالى لانتهاء الأسبوع الذى وضع له الجدول السابق ، مادام أنه لم يصدر بتعديل المدة قرار من الوزير المختص ، ولم توجد تسعيرة جديدة لهذه السلعة فى أول يوم من الأسبوع التالى الذى تم البيع فيه . وإذ كان ماتقدم ، وكانت النيابة (الطاعنة) تسلم بأن السلعة وقت البيع لم تكن مدرجة بالكشف الأسبوعى لتعيين الأسعار ، وكان الحكم

المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ويكون الطعن فيه فى غير محله مما يتعين معه رفضه موضوعاً .

الطعن ٢٣٨ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٣ من أبريل ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٦٠٤ »

بناء . تقسيم . جريمة . « أركانها » . عقوبة . « العقوبة التكميلية » . إثبات . « شهادة » . حكم . « تسبيبه . تسبيب غير معيب » . قانون . « تفسيره » .

إقامة البناء على قطعة أرض واقعة على حافة الطريق العام . افتراض الشارع أن المرافق العامة المفروض على المقسم إنشاؤها . موجودة فعلاً . تسليم النيابة فى طعنها أن مهندس التنظيم شهد إقامة البناء على قطعة أرض تقع على حافة الطريق العام . صحة القضاء بإلغاء عقوبة الإزالة فى هذه الحالة .

لما كانت المادة الأولى من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ فى شأن تقسيم الأراضى المعدة للبناء تنص على أنه « فى تطبيق أحكام هذا القانون تطلق كلمة « تقسيم » على كل تجزئة لقطعة أرض الى عدة قطع ، يقصد عرضها للبيع أو للمبادلة أو التأجير أو التحكير لإقامة مبان عليها متى كانت إحدى هذه القطع غير متصلة بطريق عام » وكانت الطاعنة « النيابة العامة » تسلم بأسباب الطعن أن أوراق الدعوى اشتملت على أن البناء أقيم على قطعة أرض واقعة على حافة الطريق العام طبقاً لما شهد به مهندس التنظيم بمحضر جلسة المحاكمة فإنه يفترض أن المرافق العامة التى فرض القانون على المقسم إنشاءها ، موجودة فعلاً ، وهو ماأكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور ، تعليقاً على المادة سالفة الذكر ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء عقوبة الإزالة يكون سليماً فى النتيجة التى خلص إليها وأصاب صحيح القانون .

الطعن ١٦٧٠ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٦ من مارس سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٣٧٣ »

قذف . جريمة . « أركانها » . دفوع . عقوبة . « الإعفاء منها » . حكم . « تسبيبه . تسبيب معيب » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . مايوفره » . موظفون عموميون .

الدفع بالإعفاء من العقاب لحسن النية فى جريمة القذف فى حق موظف عام . دفع جوهرى . علة ذلك : إعفاء القاذف من العقاب إذا أثبت صحة ماقذف به الموظف المجنى عليه وكان حسن النية . وجوب تحقيق هذا الدفع أو الرد عليه وإلا كان الحكم معيباً .

الدفع بالإعفاء من العقاب لحسن النية فى جريمة القذف فى حق موظف عام ، يعد دفعاً جوهرياً ، لما يترتب على ثبوت أو عدم ثبوت صحته من تغير وجه الرأى فى الدعوى ، لأن القاذف فى حق الموظفين العموميين يعفى من العقاب إذا أثبت صحة ماقذف به المجنى عليه من جهة وكان من جهة أخرى حسن النية ، بأن كان يعتقد صحة الإسناد وأنه يقصد به إلى المصلحة العامة لا إلى شفاء الضغائن والأحقاد الشخصية . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يفطن إلى هذا الدفع ولا إلى ماقدمه الطاعن من أدلة عليه ، فلم يعن بتحقيقه أو الرد بما يسوغ الأخذ به أو اطراحه أو إثبات سوء النية ، فإنه يكون معيباً بالقصور فى البيان والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه .

الطعن ١١٠٨ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٦ من أكتوبر سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ١٠٠٥ »

(١) قذف . وصف التهمة . إجراءات المحاكمة . نقض . « أسباب الطعن . مالا يقبل منها » .

تعديل محكمة أول درجة التهمة من قذف مجرد إلى قذف يتضمن طعناً فى العرض فى مواجهة المتهم والقضاء فى الدعوى على هذا الأساس . استئناف المتهم هذا الحكم وورود استئنافه منصباً على ذلك التعديل . لاوجه للقول بأن

الدفاع لم يخطر به طالما أن المحكمة الاستئنافية لم تجر أى تعديل فى التهمة . ليس للطاعن إثارة أمر هذا التعديل لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٢) إثبات . « إثبات بوجه عام . إقناعية الدليل » .

العبرة فى المحاكمة الجنائية هى باقتناع القاضى . لايصح مطالبته بالأخذ بدليل معين إلا إذا قيده القانون بذلك .

١ – متى كان الثابت أن الطاعن حين استأنف الحكم الابتدائى الصادر بإدانته على أساس التعديل الذى أجرته محكمة أول درجة فى التهمة من قذف مجرد الى قذف يتضمن طعناً فى العرض بالتطبيق للمادة ٣٠٨ من قانون العقوبات كان على علم بهذا التعديل ، وكان استئناف الحكم الابتدائى منصباً على هذا التعديل الوارد به فلا وجه للقول بأن الدفاع لم يخطر به طالما أن المحكمة الاستئنافية لم تجر أى تعديل فى التهمة ، هذا فضلاً عن أن الطاعن لم يثر شيئاً بخصوص هذا التعديل أمام المحكمة الاستئنافية فلا يجوز أن يبديه لأول مرة أمام محكمة النقض .

٢ – العبرة فى المحاكمة الجنائية هى باقتناع القاضى بناء على مايجريه من تحقيق فى الدعوى ومن كافة عناصرها المعروضة على بساط البحث ، فلا يصح مطالبته بالأخذ بدليل معين ، إذ جعل القانون من سلطته أن يزن قوة الإثبات وأن يأخذ من أى بينة أو قرينة يرتاح إليها دليلاً لحكمه إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه .

الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١١ من مايو سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٦٩٣ »

(أ ، ب ، ج) قذف . سب . جريمة . « أركانها » . قصد جنائى . محكمة الموضوع . « سلطتها فى تقدير توافر أركان الجريمة » . محكمة النقض . « سلطتها » .

(أ) القصد الجنائى فى جريمتى القذف والسب . توافره متى كانت العبارات التى وجهت إلى المجنى عليه شائنة بذاتها .

(ب) علانية الإسناد تتضمن حتماً قصد الإذاعة بمجرد الجهر بالألفاظ النابية فى المحل العام مع العلم بمعناها .

(ج) تحرى معنى اللفظ . تكييف يخضع لرقابة محكمة النقض .

(د) عقوبة . « تقديرها » . محكمة الموضوع . « سلطتها فى تقدير العقوبة » .

تطبيق العقوبة فى حدود النص . من اختصاص محكمة الموضوع .

(هـ) نقض . « التقرير بالطعن » . « نطاقه » . « الصفة فى الطعن » .

الطعن يتحدد بصفة رافعه .

١ – يتوافر القصد الجنائى فى جريمتى القذف والسب متى كانت العبارات التى وجهها المتهم الى المجنى عليه شائنة بذاتها .

٢ – إن علانية الإسناد تتضمن حتماً قصد الإذاعة بمجرد الجهر بالألفاظ النابية فى المحل العام مع العلم بمعناها .

٣ – إن تحرى معنى اللفظ من التكييف الذى يخضع لرقابة محكمة النقض .

٤ – تطبيق العقوبة فى حدود النص المنطبق من اختصاص محكمة الموضوع .

٥ – يتحدد الطعن بصفة رافعه . ولما كان الثابت أن الطعن مرفوع من النيابة العامة دون غيرها من الخصوم ، فإن الحكم فيه يكون قاصراً على الدعوى الجنائية وحدها ..

الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٦ من أبريل سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٥٥٢ »

(أ ، ب ، ج) قذف . دعوى جنائية . « نظرها والحكم فيها » « انقضاؤها بالتنازل عن الشكوى » . دعوى مدنية « عدم قبولها » . دعوى مباشرة . إثبات « قرائن قانونية » . حكم . « تسبيبه . تسبيب غير معيب » . إعلان .

(أ) مضى ثلاثة أشهر بين تاريخ العلم بجريمة القذف ومرتكبها وبين إعلان صحيفة الدعوى المباشرة عن هذه الجريمة ، القضاء بعدم قبول الدعوى . صحيح . أساس ذلك ؟

(ب) انعقاد الخصومة فى الدعوى المباشرة . بتكليف المتهم بالحضور تكليفاً صحيحاً .

(ج) القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية . يوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها .

(د ، هـ) دعوى جنائية . « قيود تحريكها » . نيابة عامة . « القيود الواردة على حقها فى تحريك الدعوى الجنائية » . دعوى مدنية . دعوى مباشرة . « شروط تحريكها » .

(د) حق المدعى المدنى إقامة الدعوى مباشرة أمام القضاء عن جريمة من الجرائم المبينة بالمادة الثالثة إجراءات ، ولو بدون شكوى سابقة . الادعاء المباشر بمثابة شكوى .

(هـ) إيجاب الحكم توكيلاً خاصاً للمحامى رافع الدعوى المباشرة فى جريمة من الجرائم المبينة بالمادة الثالثة إجراءات . خطأ لا يؤثر فى صحة الحكم . مادام لم يكن له أثر فى النتيجة التى انتهى إليها .

١ – لئن كان الطاعن قد جادل فى أسباب طعنه فى تاريخ علمه بجريمة القذف وأرجعه الى يوم ٢٦ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، إلا أنه سلم بأن المطعون ضده « المتهم » لم يعلن بالدعوى إلا بتاريخ ٢٩ من فبراير سنة ١٩٦٨ أى بعد مضى أكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة ومرتكبها ، وإذا كان ماتقدم ، وكان الشارع قد جعل من مضى ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة ومرتكبها قرينة قانونية لاتقبل إثبات العكس على التنازل ، لما قدره من أن سكوت المجنى عليه هذه المدة يعد بمثابة نزول عن الشكوى لأسباب ارتآها ، حتى لا يتخذ من حق الشكوى إذا استمر أو تأبد ، سلاحاً للتهديد أو الابتزاز أو النكاية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية ، يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقاً صحيحاً .

٢ – لا تنعقد الخصومة فى الدعوى الجنائية التى يرفعها المدعى بالحقوق المدنية مباشرة إلا عن طريق تكليف المتهم بالحضور تكليفاً صحيحاً .

٣ – القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية فى جريمة القذف يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها .

٤ – إن اشتراط تقديم الشكوى من المجنى عليه أو وكيله الخاص فى الفترة المحددة بالمادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية ، هو فى حقيقته قيد وارد على حرية النيابة العامة فى استعمال الدعوى الجنائية ، لاعلى ماللمدعى بالحقوق المدنية من حق إقامة الدعوى مباشرة قبل المتهم ، إذ له أن يحركها أمام محكمة الموضوع مباشرة – ولو بدون شكوى سابقة – فى خلال الأشهر الثلاثة التى نص عليها القانون ، لأن الادعاء المباشر هو بمثابة شكوى ..

٥ – إن ما أورده الحكم المطعون فيه كدعامة لقضائه بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية من أن المحامى رافع الدعوى المباشرة لم يكن موكلاً من الطاعن « المدعى بالحق المدنى » توكيلاً خاصاً فى رفع الدعوى ، لايعدو أن يكون تزيداً خاطئاً لا أثر له فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، ولم تكن المحكمة فى حاجة إليه متى أقامت قضاءها على سبب صحيح مستمد من انقضاء مدة الثلاثة أشهر المنصوص عليها فى المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية .

الطعن رقم ١٥٠٥ سنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ١٢٧٣ »

قانون . « القانون الأصلح » . تموين . نقض . « حالات الطعن . الخطأ فى تطبيق القانون » . عدس .

اعتبار قرار وزير التموين رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٨ – الصادر بعد وقوع الجريمة وقبل الحكم فيها نهائياً – بإلغاء القرار رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٨ الذى كان يحظر نقل العدس خارج المحافظات – قانوناً أصلح . وجوب اتباعه دون غيره .

متى كان الحكم المطعون فيه قد صدر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٧٠ ودان المتهم بالتطبيق لأحكام قرار وزير التموين ، رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٨ الذى كان يحظر نقل العدس خارج المحافظات خلال الفترتين من ٢٥ مارس سنة ١٩٦٨ حتى نهاية أغسطس من ذات السنة بغير ترخيص من الجهة المختصة . ولما كان قد صدر قرار آخر فى ١٩ مايو سنة ١٩٦٨ من وزير التموين برقم ١٥١ لسنة ١٩٦٨ نص فى مادته الأولى على إلغاء القرار السابق . وبهذا الإلغاء أصبح نقل العدس خارج المحافظات دون موافقة الجهة المختصة فعلاً غير مؤثم ، مما كان يتعين معه على المحكمة طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات إعمال أحكام القرار الجديد الذى يعتبر قانوناً أصلح إذ صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً فهو الذى يتبع دون غيره . أما وهى لم تفعل فإن حكمها المطعون فيه يكون قد أخطأ صحيح القانون مما يتعين معه نقضه وتصحيحه بإلغاء الحكم فيما قضى به من عقوبة وبراءة المطعون ضدها .

الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٣ من يناير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٥٦ »

(أ) صابون . بيانات وعلامات تجارية . غش . قانون . « إلغاؤه » .

الجرائم المنصوص عليها فى القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ فى شأن تنظيم صناعة وتجارة الصابون . مخالفات لا جنح .

اعتبار قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٤ / ٤ / ١٩٥٦ بتنظيم صناعة وتجارة الصابون . استناداً إلى الإعلان الدستورى الصادر فى ١٠ / ٢ / ١٩٥٣ – ناسخاً لما يتعارض معه من أحكام فى التشريعات السابقة على صدوره ومنها القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ سالف الذكر . إحالة القرار المذكور بالنسبة للعقاب على جريمتى الغش والخديعة إلى المادتين ٥ ، ٦ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤١ فى شأن قمع التدليس والغش ، وبالنسبة للعقاب على مخالفة البيان التجارى للحقيقة

إلى القانون ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالبيانات والعلامات التجارية والذى يعاقب على الجريمة المذكورة بعقوبة الجنحة .

(ب) صابون . « إجراءات أخذ العينة » . إثبات . « إثبات بوجه عام » . غش . قانون . « إصداره » .

لا بطلان على مخالفة الإجراءات الخاصة بأخذ العينة وتحليلها وإخطار صاحب الشأن بنتيجتها فى ظل التشريعات الصادرة فى شأن صناعة وتجارة الصابون بعد إلغاء القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ .

خضوع إثبات الغش فى صناعة وتجارة الصابون لقواعد الإثبات العامة .

مانص عليه القرار الوزارى رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٥٩ الصادر تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء المؤرخ ٤ / ٤ / ١٩٥٦ فى مادته الخامسة من بطلان إجراءات أخذ العينة إذا لم يعلن صاحب الشأن بنتيجة التحليل فى الأجل المحدد له ، لا يقيد المحاكم . علة ذلك .

(ج) دفوع . « الصفة فى الدفع » . « الدفع ببطلان إجراءات أخذ العينة » صابون . « إجراءات أخذ العينة » .

لاصفة للطاعن فى الدفع ببطلان إجراءات أخذ عينة صابون أخذت من محل متهم آخر .

(د ، هـ) صابون . غش . بيانات وعلامات تجارية . نقض . « حالات الطعن بالنقض . الخطأ فى تطبيق القانون » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . مالا يوفره » . جريمة . « أركانها » . قصد جنائى .

(د) وجوب مراعاة نسبة الأحماض الدهنية والراتنجية فى صناعة الصابون بحسب البيان المرقوم على السلعة وإلا كون الفعل غشا . إنتاج صابون دون مراعاة تلك النسبة يعتبر ذكراً لبيان تجارى غير مطابق للحقيقة معاقباً عليه بالمواد ٢٦ و ٢٧ و ٣٤ من القانون ١٧ لسنة ١٩٥٩ .

(هـ) علم المتهم بغش مايصنعه يستفاد ضرورة من كونه منتجاً له اعتباراً بأن الصانع يعلم كنه مايصنعه ونسبة المواد الداخلة فى تكوينه . عدم قبول التذرع بجهله .

صنع صابون تنقص فيه نسبة الأحماض عن حد معين جنحة دائماً فى حق

الصانع طبقاً للقانونين ٤٨ لسنة ١٩٤١ و ٥٧ لسنة ١٩٣٩ .

زيادة نسبه القلوى المطلق الكاوى فى الصابون عن حد معين . مخالفة . شرط ذلك : أن يكون المتهم حسن النية .

١ - القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣٨ فى شأن تنظيم صناعة وتجارة الصابون صدر بعده قرار من مجلس الوزراء فى ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ بتنظيم صناعة وتجارة الصابون بالاستناد إلى الإعلان الدستورى الصادر فى ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ وهو الإعلان الذى جعل فى المادة التاسعة منه السلطة التشريعية لمجلس الوزراء ، وإلى القانون رقم ٦٥٨ لسنة ١٩٥٤ ، بإلغاء استصدار مراسيم ، وأشار فى ديباجته إلى الاطلاع على المادتين ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ فى شأن قمع التدليس والغش والمواد ٣٢ ، ٣٤ ، ٣٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالبيانات والعلامات التجارية والقوانين المعدلة له وأسقط الإشارة إلى القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ سالف الذكر والذى كان يعتبر فى مادته السابعة الجرائم المنصوص عليها فيه مخالفات لاجنحا ، وهذا الإسقاط للقانون جاء على خلاف ماسنته الشارع وانتهجه فى القرارات السابقة والتى كانت تصدر بالاستناد إليه . فقرار مجلس الوزراء سالف الذكر والذى يجمع بين القانون والمرسوم فى قوته الملزمة يعتبر ناسخاً لما يتعارض معه من أحكام فى التشريعات السابقة على صدوره ومنها القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣٨ سالف البيان . يدل على ذلك أنه لم يشر فى ديباجته إليه كما سبق ، وأنه أعاد تنظيم ماكان ينظمه القانون والمراسيم السابقة على صدوره فى شأن صناعة وتجارة الصابون وآخرها المرسوم الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ تنظيماً كاملاً متناولاً ماكانت تتناوله من أحكام ومنها أنواع الصابون ورتبه والعناصر الداخلة فى تكوينه كما تناول جريمتى الغش والخديعة محيلاً فى العقاب عليها إلى المادتين ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ فى شأن قمع التدليس والغش ، كما أحال إلى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالبيانات والعلامات التجارية

والذى يوجب فى المادة ٢٧ منه أن يكون البيان التجارى مطابقاً للحقيقة واعتبر فيما يختص بتطبيقه بيان العناصر الداخلة فى تكوين البضاعة بياناً تجارياً بحسب مانص عليه فى المادة ٢٦ منه وعاقب على مخالفة ذلك بعقوبة الجنحة فى المادة ٣٤ منه وهى المواد التى أحال إليها قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ على ماسلف .

٢ – لم تنص التشريعات الصادرة فى شأن صناعة وتجارة الصابون بعد إلغاء القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣٨ على البطلان جزاء على مخالفة الإجراءات الخاصة بأخذ العينة وتحليلها وإخطار صاحب الشأن بنتيجتها كما فعل القانون الملغى ، إذ لم يكن غرض الشارع أن يخضع الغش فى صناعة وتجارة الصابون إلى قواعد إثبات خاصة ، بل هى تخضع للقواعد العامة فإذا اطمأن القاضى إلى صحة الدليل المستمد من تحليل العينات ولم يساوره ريب فى أية ناحية سواء من جهة أخذ العينة أو من جهة عملية التحليل ذاتها أوقع حكمه على هذا الأساس .

٣ – إذ كان القرار رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٥٩ قد صدر فى ٢ من مايو سنة ١٩٥٩ بتنفيذ قرار مجلس الوزراء بتاريخ ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ ونص فى مادته الرابعة على أن تؤخذ العينات لتحليلها وفحصها طبقاً لأحكام القرار رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ الصادر من وزير التجارة والصناعة تنفيذاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ ، وكان هذا القرار قد نص فى المادة الخامسة منه على بطلان إجراءات أخذ العينة إذا لم يعلن صاحب الشأن بنتيجة التحليل فى الأجل المحدد له ، فإن ذلك – على ماأولته محكمة النقض – لايقيد المحاكم لأن القرار المذكور تجاوز بهذا النص السلطة التى أمده بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ وقرار مجلس الوزراء فى ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ ويبقى لهذه المحاكم أن تقدر أدلة الدعوى حسبما تطمئن هى إليه دون التفات لهذا الجزاء الذى جاء مشوبا بتجاوز السلطة اللازمة لتقريره .

٤ – متى كان الثابت أن العينة التى دفع ببطلان الإجراءات الخاصة بها لم تؤخذ من محل الطاعن بل من محل متهم آخر فى الدعوى قضى

ببراءته وهو وحده صاحب الصفة فى التمسك بالبطلان المقرر فى القانون لمصلحته هو دون غيره ، فلا صفة للطاعن فيما دفع به من بطلان إجراءات أخذ العينة ولا وجه لما نعاه .

٥ – نص قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ بتنظيم صناعة وتجارة الصابون فى المادة الثانية منه على أن الصابون رقم ٢ وهو الصابون المحتوى عقب ختمه على ٥٠٪ على الأقل من الوزن المرقوم على القطع أو من الوزن الفعلى لهذه القطع عند التحليل أيهما أكبر ، أحماضاً دهنية وراتنجية ، مما يدل على تشدد القانون فى مراعاة نسبة تلك الأحماض حماية للمستهلكين وقضاء على الغش فى الصابون حتى لا يتأدى الأمر إلى الغش فى وزن الصابون وفى نسبة المواد النافعة الداخلة فى تكوينه معاً ، فلا يجدى الطاعن مايتذرع به من نقص الوزن فى الصابون الذى أنتجه عن الوزن المرقوم على القطع ودخول بخار الماء فى تكوينه لأن مايتعلل به من ذلك لا تندفع به التهمة المسندة إليه ، بل تتضمن غشاً فى وزن الصابون ، فضلاً عن الغش فى نسبة الأحماض الداخلة فى تكوينه . هذا وبفرض صحة مايدعيه الطاعن فى طعنه كله فإن ماوقع منه من إنتاجه الصابون دون مراعاة نسبة الأحماض الدهنية والراتنجية بحسب البيان المرقوم على السلعة يعتبر ذكراً لبيان تجارى غير مطابق للحقيقة معاقباً عليه بالعقوبة التى أوقعها عليه الحكم طبقاً للمواد ٢٦ و ٢٧ و ٣٤ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن البيانات والعلامات التجارية وهو القانون الذى أعمله الحكم أيضاً لانطباقه على واقعة الدعوى فلا مصلحة له فيما أثاره فى طعنه كله من دعوى الخطأ فى تطبيق القانون أو الإخلال بحقه فى الدفاع .

٦ – إن علم المتهم بالغش فيما يصنعه يستفاد ضرورة من كونه منتجاً له ، اعتباراً بأن الصانع يعلم كنه مايصنعه ونسبة المواد الداخلة فى تكوينه ، ولايقبل التذرع بجهله وإلا تأدى الأمر إلى تعطيل أحكام القانون . يدل على ذلك فى خصوص صناعة الصابون – أن قرار

مجلس الوزراء الصادر فى ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ فى شأن صناعة وتجارة الصابون بعد أن نص فى المادة الثانية منه على أنه لا يجوز صنع الصابون أو استيراده أو بيعه أو عرضه أوطرحه للبيع أو حيازته بقصد البيع إلا إذا كان من أحد الأنواع والرتب المنصوص عليها فيها ومنها الصابون رقم ٢ وهو الصابون المحتوى عقب ختمه على ٥٠٪ على الأقل من الوزن المرقوم على القطع أو من الوزن الفعلى لهذه القطع عند التحليل أيهما أكبر ، أحماضاً دهنية وراتنجية بشرط ألا تزيد نسبة الأحماض الراتنجية فيه على ٢٠٪ من مجموع الأحماض ، أوجب فى المادة الثالثة ألا تزيد نسبة القلوى المطلق الكاوى فى جميع الأنواع والرتب على حد معين واعتبر – فى هذه الحالة وحدها – زيادة نسبته مخالفة لاجنحة إذا كان المتهم حسن النية ، مما مفاده أن صنع الصابون الذى تقل فيه نسبة الأحماض أو تنقص عن حد معين جنحة دائماً فى حق الصانع طبقاً للقانونين رقمى ٤٨ لسنة ١٩٤١ و ٥٧ لسنة ١٩٣٩ اللذين أشار القرار فى ديباجته محيلاً فى بيان العقوبة إليهما ، ولايكون مخالفة إلا حين تزيد نسبة القلوى المطلق الكاوى عن النسبة التى حددها القرار بشرط أن يكون الصانع حسن النية ، وبذلك فإن الشارع يكون قد اعتبر علم الصانع بمخالفة مايصنعه من الصابون للنسب القانونية للأحماض الدهنية والراتنجية قائماً فى حقه بقيام موجبه من صنعه وهو ثابت على الدوام ، لا يستطيع المتهم أن يتذرع بجهله إلا فى حدود مارخص فيه الشارع استثناء لاعتبارات تيسيرية لا تنفى الأصل المقرر فى هذا الصدد .

الطعن رقم ٢٠٤٠ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٧ من مارس سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٣٢٧ »

(أ ، ب ، ج) عمل . قانون . « إصداره . التفويض التشريعى » قرارات وزارية . جريمة . « أركانها » .

(أ) فصل العامل فى منشأة تستخدم أكثر من خمسة عمال قبل عرض الأمر

على اللجنة المختصة يعتبر عملاً مؤثماً جنائياً .

صدور قرار وزير العمل رقم ٩٦ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقرار رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٥ فى نطاق التفويض التشريعى الوارد فى المادة ٦٦ من قانون العمل .

(ب) جواز الجمع بين الجزاءين الجنائى والتأديبى عن المخالفة الواحدة .

(ج) المراد بصاحب العمل فى خطاب الشارع ؟

١ – المادة ٦٦ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ فى شأن العمل بعد أن حظرت على صاحب العمل تجاوز العقوبات التأديبية التى بينتها فى حالة وقوع مخالفة من العامل ، نصت فى الفقرة الأخيرة منها على « ويصدر قرار من وزير الشئون الاجتماعية والعمل ببيان العقوبات التأديبية وقواعد وإجراءات التأديب » وبناء على هذا التفويض التشريعى صدر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ قرار وزير العمل رقم ٩٦ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقرار رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٥ وأورد فى المادة السادسة المستبدلة عقوبة الفصل ضمن العقوبات الجائز توقيعها على العامل بأن نص على أنه « إذا رأت المنشأة التى تستخدم خمسة عمال فأكثر أن المخالفة التى ارتكبها العامل تستوجب فصله تعين عليها قبل أن تصدر قراراً نهائياً بذلك عرض الأمر على لجنة (حددت المادة تشكيلها) . ولما كان القرار الوزارى السالف الإشارة إليه قد صدر فى نطاق التفويض التشريعى الوارد فى المادة ٦٦ من قانون العمل ، وكانت هذه المادة قد وردت فى الفصل الثانى من الباب الثانى من ذلك القانون ، وكانت المادة ٢٢١ قد نصت على معاقبة كل من يخالف أحكام ذلك الفصل والقرارات الصادرة تنفيذاً له بغرامة لاتقل عن مائة قرش ولا تجاوز ألفى قرش ، وكان الثابت من المفردات التى أمرت المحكمة بضمها أن المنشأة تستخدم أكثر من خمسة عمال ، فإن فصل العامل فى مثل تلك المنشأة قبل عرض الأمر على اللجنة يعتبر عملاً مؤثماً جنائياً طبقاً لمواد القانون سالف الذكر .

٢ – لا يوجد ثمة مايمنع قانوناً من الجمع بين الجزاء الجنائى والتأديبى عن المخالفة الواحدة للقانون .

٣ – المراد بصاحب العمل فى خطاب الشارع هو صاحب الأمر بحسب النظام الموضوع للمنشأة فى الإشراف الإدارى على شئون العمال المنوط به الاختصاص بتنفيذ ما فرضه القانون ، وهذا الوصف فى المخاطب به ركن فى الجريمة التى تنسب اليه .

الطعن رقم ١٤٥٣ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٠ من نوفمبر سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ١٢٤٥ »

(أ) خبز . تموين . قانون . « إصداره . التفويض التشريعى » . « قرارات . وزارية » .

التسامح فى وزن الخبز بسبب الجفاف من الرخص المخولة لوزير التموين يستعملها حسبما يراه بغير معقب . المادة ٨ من المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ . إصدار وزير التموين القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ الذى نص فيه على عدم التسامح فى وزن الخبز الشامى بسبب الجفاف فى حدود التفويض التشريعى المخول له بمقتضى المادة سالفة الذكر .

(ب) حكم .. « تسبيبه . تسبيب غيرمعيب » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . مالا يوفره » .

عدم التزام المحكمة بالرد على دفاع قانونى ظاهر البطلان .

١ – تنص المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ على أنه : « يصدر وزير التموين القرارات اللازمة لبيان وزن الرغيف فى كل مديرية أو محافظة ، ويحدد فى تلك القرارات النسبة التى يجوز التسامح فيها من وزن الخبز بسبب الجفاف » . ومقتضى هذا النص أن التسامح فى وزن الخبز بسبب الجفاف هو من الرخص المخولة لوزير التموين يستعملها حسبما يراه بغير معقب ، وقد استعمل وزير التموين هذه الرخصة بصدد الخبز البلدى فأجاز التجاوز عن نسبة معينة من وزنه ، أما الخبز الشامى الذى يباع بسعر مضاعف فقد رأى عدم التسامح فى وزنه بسبب الجفاف وهو فى هذا إنما يعمل فى حدود التفويض التشريعى الذى نصت عليه المادة سالفة الذكر . ومن ثم فإن

دفاع الطاعن بأن وزير التموين بإصداره القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ – الذى نص فيه على عدم التسامح فى أوزان الخبز الشامى بسبب الجفاف – قد خرج على حدود التفويض التشريعى يكون على غير سند من القانون .

٢ – لا يعيب الحكم التفاته عن الرد على دفاع قانونى ظاهر البطلان .

الطعن رقم ٢٠٢٠ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٠ من فبراير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٢٤٣ »

(أ) جريمة . « أركان الجريمة » . تسعيرة .

مناط قيام جريمة بيع سلعة بأزيد من السعر المعين لها ؟

(ب) قانون . « سريانه . العلم به » .

العلم بالقانون الجنائى والقوانين العقابية المكملة له . مفترض فى حق الكافة .

(ج) نقض . « أسباب الطعن . مالا يقبل منها » . حكم . « بطلانه » . بطلان .

عدم جواز إبداء أسباب أمام محكمة النقض – من النيابة أو الخصوم – غير تلك التى أبديت فى الميعاد المذكور بالمادة ٣٤ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ . الحالات التى أجاز فيها الشارع لمحكمة النقض – استثناء – نقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها . واردة على سبيل الحصر . ليس من بينها خلو الحكم من بيان مواد القانون التى قضى بموجبها .

١ – مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح المعدل بالقرار بقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٥٧ ، أن جريمة البيع بأزيد من السعر المقرر تقوم فى حق كل من يبيع سلعة بأزيد من السعر المعين لها بغض النظر عن صلته بها وأيا كانت صفته فى بيعها إذ المناط فى قيام الجريمة بوقوع فعل البيع ذاته بأزيد من السعر المعين للسلعة .

٢ - إن العلم بالقانون الجنائى والقوانين العقابية المكملة له يفترض فى حق الكافة ، ومن ثم فإنه لايقبل الدفع بالجهل بها أو الغلط فيها كذريعة لنفى القصد الجنائى .

٣ - الأصل ، طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، هو أنه لا يجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة - سواء من النيابة العامة أو من أى خصم - غير الأسباب التى سبق بيانها فى الميعاد المذكور بالمادة ٣٤ من ذلك القانون . أما نقض محكمة النقض للحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ سالفة الذكر على خلاف هذا الأصل فهو رخصة استثنائية خولها القانون للمحكمة فى حالات معينة على سبيل الحصر إذا تبين لها مما هو ثابت فى الحكم أنه مبنى على مخالفة القانون أو على خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أو أن المحكمة التى أصدرته لم تكن مشكلة وفقاً للقانون أولاولاية لها بالفصل فى الدعوى أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى . ولما كان خلو الحكم المطعون فيه من بيان مواد القانون التى قضى بموجبها لا يندرج تحت إحدى هذه الحالات بل إنه يدخل تحت حالات البطلان التى تفتح سبيل الطعن عملاً بالبند ثانياً من المادة ٣٠ من القانون المشار إليه دون أن ينعطف عليه وصف مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله المشار إليه فى البند أولًا من المادة المذكورة والذى لا ينعطف إلا على مخالفة القانون الموضوعى سواء أكان قانون العقوبات والقوانين المكملة له أو قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنه من قواعد موضوعية . ومن ثم فإن ماأثاره الطاعن بالجلسة وبعد فوات الميعاد المحدد بالقانون يكون غير مقبول .

الطعن رقم ٢٠٤٨ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٧ من فبراير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٢٧١ »

(أ) قانون « سريانه من حيث الزمان » دستور .

لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون . عدم نفاذ القانون قبل نشره .

(٢ ، ٣) عقوبة « العقوبة المبررة » طعن « المصلحة فى الطعن » تسعيرة .

(٢) المصلحة مناط الطعن .

(٣) توقيع عقوبة واحدة على الطاعن عن تهمتين معاً . انتفاء مصلحته فى النعى على الحكم . إدانته عن إحدى التهمتين قبل نفاذ القانون الذى يعاقب عليها لا يؤثر ما دامت العقوبة المقضى بها هى ذات العقوبة المقررة للجريمة الأخرى .

(٤ ، ٥) ارتباط . نقض . الخطأ فى تطبيق القانون . تسعيرة .

(٤) تطبيق المادة ٣٢ / ١ عقوبات . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(٥) الامتناع عن بيع سلعتين إحداهما مسعرة والأخرى غير مسعرة فى ذات ظروف الزمان والمكان بالنسبة إلى مشتر واحد . وجوب تطبيق المادة ٣٢ / ١ عقوبات .

(٦) جريمة . « أركان الجريمة » . تسعيرة . قانون . « تفسيره » .

متى تتحقق جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة أو محددة الربح ؟ تخصيص عموم النص بغير مخصص . لا يصح .

١ - من المقرر بنص الدستور والمادة الخامسة من قانون العقوبات أنه لاعقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذى ينص عليها والذى لا ينفذ بنص الدستور قبل نشره فى الجريدة الرسمية حتى يتحقق علم الكافة بخطابه ، وليس للقانون الجنائى أثر رجعى ينسحب على الوقائع السابقة على نفاذه . وهى قاعدة أساسية اقتضتها شرعية

الجريمة والعقاب . ولما كان قرار وزير التموين والتجارة الداخلية رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٦ بشأن إلزام التجار بعرض السلع المخزونة لديهم أو لدى آخرين – الذى دين الطاعن بمقتضاه عن التهمة الأولى – وإن صدر فى ٣١ من أغسطس سنة ١٩٦٦ إلا أنه لم ينشر فى الوقائع المصرية إلا فى ١٧ من أكتوبر سنة ١٩٦٦ أى بعد الواقعة المنسوبة إلى الطاعن ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ دانه عن هذه التهمة يكون قد أخطأ .

٢ – من المقرر أن المصلحة مناط الطعن فحيث تنتفى لايكون الطعن مقبولاً .

٣ – متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتغريم الطاعن مائة جنيه عن التهمتين الأولى والثانية معاً ، وهذه العقوبة هى العقوبة المقررة للتهمة الثانية فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ المعدل بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٥٧ ، فإنه لا مصلحة للطاعن فى التشكى من إدانته فى التهمة الأولى قبل نفاذ القانون الذى يعاقب عليها .

٤ – إن انطباق نص المادة ٣٢ / ١ من قانون العقوبات على الواقعة كما أثبتها الحكم والقول بوحدة الجريمة أوبتعددها هو من التكييف القانونى الذى يخضع لمحكمة النقض ، ومن ثم فإن عدم تطبيق تلك المادة يكون من الأخطاء التى تقتضى تدخل محكمة النقض لإنزال حكم القانون على وجهه الصحيح .

٥ – متى كان الطاعن قد نسب إليه فى التهمتين الثانية والثالثة امتناعه جملة عن بيع سلعتين إحداهما مسعرة والأخرى غير مسعرة فى ذات ظروف الزمان والمكان بالنسبة إلى مشتر واحد طلب الصنفين معاً ، فإن ما وقع منه على هذه الصورة من فعل واحد هو الامتناع عن البيع ، ومن ثم فإن المادة ٣٢ / ١ من قانون العقوبات هى التى تحكمه ، مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً وتصحيحه بحذف العقوبة التى أوقعها بالنسبة إلى التهمة الثالثة اكتفاء بالعقوبة

التى قضىَ بها من أجل جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة موضوع التهمة الثانية باعتبارها الجريمة الأشد .

٦ – إن المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ إذ نص بصفة عامة فى المادة التاسعة منه على عقاب من يمتنع عن بيع سلعة مسعرة أو محددة الربح قد فرض بذلك على التجار بيع تلك السلعة متى توافرت لهم حيازتها فى محالهم أو مخازنهم وإلا اعتبروا ممتنعين عن بيعها بالسعر المحدد لها جبراً دون أن يقبل منهم التعلل بأية علة ، وهذا الامتناع معاقب عليه سواء كان مقصوداً به طلب سعر يزيد على السعر المحدد أو لم يكن .

الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ٦ من يناير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٢٤ »

(أ ، ب ، ج) مسئولية جنائية . أسباب الإباحة . « إطاعة المرءوس لأمر رئيسه » . موانع العقاب . « حالة الضرورة » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . مالا يوفره » . حكم . « تسبيبه . تسبيب غير معيب » . موظف عام . اختلاس أموال أميرية .

(أ) عدم امتداد طاعة الرئيس لمرءوسه إلى ارتكاب الجرائم . الدفع القانونى الظاهر البطلان . لا يستأهل رداً .

(ب) حالة الضرورة التى تسقط المسئولية . مناطها ؟

(ج) القول بارتكاب الجرم انصياعاً لرغبة الرؤساء . غير جائز . وجوب مساءلة المرءوس .

(د) دفوع . « الدفع بحالة الضرورة » . نقض . « أوجه الطعن . مالا يقبل منها » .

إثارة الدفع بحالة الضرورة أمام النقض لأول مرة . غير مقبول .

١ – من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على مرءوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ، ومن ثم فإن مايثيره

الطاعن فى هذا الشأن لايعدو أن يكون دفاعاً قانونياً ظاهر البطلان مما لا يستأهل من المحكمة رداً .

٢ – الأصل أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله . فليس للمرء أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما ارتكبه .

٣ – لا يسوغ من المتهم القول باضطراره إلى ارتكاب الجرم انصياعاً لرغبة رؤسائه فى العمل حتى يتستروا على ما ارتكبه مادام أن أفعال الاختلاس والتزوير والاستعمال التى أتاها من قبل عمداً واتجهت إليها إرادته واستمر موغلاً فى ارتكابها وانتهت المحكمة إلى إدانته بها – هى أعمال غير مشروعة ونية الإجرام فيها واضحة مما لا يشفع للمتهم مايدعيه من عدم مسئوليته .

٤ – متى كان لايبين من الاطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن المتهم أثار أنه كان فى حالة ضرورة ألجأته إلى ارتكاب مانسب إليه من جرائم ، فإنه لا تقبل منه إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض .

الطعن رقم ١٩٥٥ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٣ من يناير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ١١٨ »

(أ ، ب) قانون . « سريانه من حيث الزمان » . « القانون الأصلح » دقيق . ردة . تموين . قرارات وزارية . إثبات . « إثبات بوجه عام » .

(أ) تغاير مواصفات الردة على توالى القرارات الوزارية الصادرة بتحديدها لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم ، مادامت جميعها متفقة على تحديد مواصفات لاستخراجها وتأثيم عدم مطابقتها لهذه المواصفات .

(ب) عدم اشتراط القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ فى شأن استخراج الدقيق

وصناعة الخبز المعدل وجوب فحص العينة بطريقى النخل والتحليل الكيماوى معاً وأن تكون المخالفة فى نسبتين على الأقل من النسب المقررة للمواصفات .

١ – إن مقتضى قاعدة شرعية الجريمة والعقاب أن القانون الجنائى يحكم مايقع فى ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه وهذا هو ماقننته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون العقوبات بنصها على أن « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » . أما ما أوردته المادة المشار إليها فى فقرتها الثانية من أنه « ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره » . فإنما هو استثناء من الأصل العام يؤخذ فى تفسيره بالتضييق ويدور وجوداً وعدماً مع العلة التى دعت إلى تقريره لأن المرجع فى فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان هو قصد الشارع الذى لا تجوز مصادرته فيه . ولما كان التأثيم فى جريمة استخراج ردة معدة لرغيف العجين غير مطابقة للمواصفات يكمن أساساً فى مخالفة أمر الشارع بالتزام مواصفات معينة فى استخراج الردة ، وكانت القرارات التموينية التى تحدد تلك المواصفات إنما تخضع لاعتبارات اقتصادية صرف لا تتصل بمصلحة مستخرجى الردة فى شىء ولا تعدو أن تكون من قبيل التنظيمات التى تمليها تلك الظروف فى غير مساس بقاعدة التجريم أو العناصر القانونية للجريمة ، ومن ثم فإن تغاير مواصفات الردة على توالى القرارات الوزارية الصادرة بتحديدها لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم مادامت جميعها متفقة على تحديد مواصفات لاستخراجها وتأثيم عدم مطابقتها لهذه المواصفات ، ويكون المرجع فى تحديد مواصفات الردة المعدة لرغيف العجين إلى القرار السارى وقت استخراجها مخالفة لهذه المواصفات دون أن يرفع عن الفعل صفة الجريمة مايصدر من قرارات تالية بتعديل تلك المواصفات .

٢ – إذ نصت المادة ٣٥ من قرار وزير التموين رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ فى شأن استخراج الدقيق وصناعة الخبز المعدلة بالقرارين رقمى

١٤٦ لسنة ١٩٥٨ و ٩٢ لسنة ١٩٥٩ - على أنه « ترسل عينات الدقيق والردة والخبز وغيرها التى تؤخذ من المطاحن والمخابز ومحال بيع الدقيق والخبز والمحال العامة الى إدارة منتجات الحبوب بوزارة التموين لتعطى رقماً سرياً ثم ترسل الى قسم الكيمياء بوزارة الزراعة أو إلى مصلحة المعامل بوزارة الصحة لفحصها والتحقق من مطابقتها للمواصفات المقررة لكل صنف وتعتبر العينة غير مطابقة للمواصفات المطلوبة إذا كانت مخالفة لنسبة واحدة من النسب المقررة لتلك المواصفات » فقد دلت فى صريح عبارتها وواضح دلالتها على أنه لا يعتد فى فحص عينات الدقيق والردة بما كانت تقضى به المادة ١٧ من القرار ٢٥٩ لسنة ١٩٤٧ الملغى بمقتضى المادة ٣٩ من القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ - من وجوب فحص العينة بطريقى النخل والتحليل الكيمائى معاً ، وأن تكون المخالفة فى نسبتين على الأقل من النسب المقررة للمواصفات .

الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٣ من مارس سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٣١٢ »

(أ) تموين . خبز . إثبات . « إثبات بوجه عام » محكمة الموضوع . « سلطتها فى تقدير الدليل » . حكم . « تسبيبه . تسبيب غير معيب » .

تقدير المحكمة أن عملية نقل وتفريغ الخبز ليس من شأنها إنقاص وزنه إلى الحد الذى وجد عليه ، موضوعى .

(ب) قانون . « القانون الأصلح » . قرارات وزارية . خبز . تموين .

قرار تخفيض وزن رغيف الخبز عن الوزن المقرر له وقت إنتاجه . لا يتحقق به معنى القانون الأصلح .

١ - إذا كانت محكمة الموضوع قد قدرت فى حدود سلطتها الموضوعية

أن عملية نقل وتفريغ الخبز ليس من شأنها إنقاص وزنه إلى الحد الذى وجد عليه ، فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لا يكون له محل إذ هو لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً .

٢ - قرار وزير التموين رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٦٥ والمعمول به من تاريخ نشره فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ الذى خفض وزن الرغيف من الخبز البلدى لا يتحقق به وعلى ماجرى عليه قضاء محكمة النقض - معنى القانون الأصلح فى حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات .

الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٢ من مايو سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٦٨٦ »

استيراد . قانون « سريانه . إلغاؤه » تعويض . محكمة النقض .

إلغاء القانون ١٩١ لسنة ١٩٦١ لرسوم الاستيراد المقررة بالقانون ١٥٩ لسنة ١٩٥٨ . مؤدى ذلك . نسخ الإلزام بالتعويض المنصوص عليه فى القانون ٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن الاستيراد . حصول واقعة الدعوى بعد إلغاء تلك الرسوم . قضاء الحكم بالتعويض . خطأ . حق محكمة النقض فى تصحيحه جزئياً دون تحديد جلسة ولو كان الطعن لثانى مرة . أساس ذلك ؟

القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٨ هو الذى تكفلت نصوصه ببيان قيمة رسوم الاستيراد وكيفية تقديرها وتحصيلها على السلع المستوردة ، ثم صدر بعده القانون رقم ١٩١ لسنة ١٩٦١ ونص فى مادته الأولى على إلغاء القانون ١٥٩ لسنة ١٩٥٨ بفرض رسوم الاستيراد ، وإذ ماكان الشارع قد ربط التعويض المنصوص عليه فى المادة السابعة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن الاستيراد ، بمثلى الرسوم المقررة للاستيراد والرسوم الأخرى المتصلة بها ، فإن إلغاء هذه الرسوم بمقتضى القانون ١٩١ لسنة ١٩٦١ يكون ناسخاً لوجود التعويض طالما أنه من المتعين الرجوع فى تقديره إلى مقدار رسوم الاستيراد التى ألغيت . لما كان ذلك ، وكانت واقعة الدعوى قد جرت بعد إلغاء تلك

الرسوم بالقانون المذكور ، فإن الحكم المطعون فيه بقضائه بالتعويض يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون خطأ يعيبه ويستوجب نقضه نقضاً جزئياً وتصحيحه بإلغاء ماقضى به من تعويض وذلك عملاً بالقاعدة الأصلية المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، دون حاجة إلى إعمال المادة ٤٥ من القانون سالف الذكر بتحديد جلسة لنظر الموضوع ، باعتبار أن الطعن هو طعن لثانى مرة ، مادام أن العوار لم يرد على بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم مما كان يقتضى التعرض لموضوع الدعوى .

الطعن رقم ٢٠٠٤ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ٢٩ من يناير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ١١٥ »

(١ ، ٢ ، ٣) عمل.تأمينات اجتماعية . قانون . « إصداره » « التفويض التشريعى » . لوائح . قرارات وزارية .

(١) حق السلطة التنفيذية وفقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القانون .

(٢) مؤدى نص المادة ١٢٦ من القانون رقم ٦٣ سنة ١٩٦٤ فى شأن التأمينات الاجتماعية ، أن المشرع فوض وزير العمل فى إصدار القرارات اللازمة لتنفيذه .

(٣) لا حرج أن ينص القانون على الفعل الإجرامى بصورة مجملة ثم يحدد العقوبة تاركاً للائحة أو قرار البيان التفصيلى لذلك الفعل .

١ – من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها ، أن من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو إعفاء من تنفيذها .

٢ – البين من نص المادة ١٢٦ من القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ فى شأن التأمينات الإجتماعية أنه فوض وزير العمل إصدار القرارات التى يتطلبها تنفيذه ومن بينها إلزام رب العمل أن يحتفظ لديه

بالسجلات اللازمة لهذا التنفيذ وفقاً للشروط والأوضاع والمواعيد التى يحددها واضع القرار . ولا يعدو قرار وزير العمل رقم ١٨١ لسنة ١٩٦٤ أن يكون مبيناً لمضمون السجلات المطلوبة وفقاً لما أراده الشارع وبينه فى صريح نصه ، وهو واقع حتماً فى نطاق التفويض التشريعى لقانون التأمينات الاجتماعية .

٣ – الأصل كى يحقق النص التشريعى العلة من وضعه أن يكون كاملاً مبيناً الفعل الإجرامى والعقوبة الواجبة التطبيق ، إلا أنه لا حرج إن نص القانون على الفعل بصورة مجملة ثم حدد العقوبة تاركاً للائحة أو قرار البيان التفصيلى لذلك الفعل .

الطعن رقم ١٨٩٥ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ١٣ من فبراير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٢٢٠ »

(ا ، ب) تموين . « دقيق » . جريمة . « أركان الجريمة » . تاجر . أعمال تجارية .

(ا) بيع الدقيق الفاخر نمرة (١) استخراج ٧٢ ٪ ممن يتجر فيه من أصحاب محال البقالة بغير ترخيص . عمل مؤثم قانونا .

(ب) من يتخذ من الأعمال التجارية حرفة معتادة له فهو تاجر .

(ج) قانون . « الجهل بالقانون » . حكم . « تسبيبه » .

عدم قبول التذرع بالجهل بالقانون .

١ – البين من نص المادة الأولى من القرار رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم بيع الدقيق الفاخر نمرة (١) استخراج ٧٢ ٪ فى صريح لفظه وواضح دلالته أن القانون يؤثم بيع الدقيق ممن يتجر فيه من أصحاب محال البقالة قبل الحصول على ترخيص بذلك بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ .

٢ – التاجر كما عرفه الشارع فى المادة الأولى من قانون التجارة هو من يتخذ الأعمال التجارية – والبيع كذلك – حرفة معتادة له ،

أى يمارسها على وجه الاعتياد ؛ ولا كذلك من يتولى من غير المتجرين فى السلعة القيام بعملية بيع فردية عرضية إسداء لخدمة لا ممارسة لحرفة .

٣ – متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن أنه يبيع الدقيق الذى حاز منه قدرا ضخما – على وجه الاعتياد – وأن ما باعه يوم الضبط كان جزءا مما حازه بقصد الاتجار وأنه أقر بذلك متذرعا بجهله القانون – مما لا يقبل التذرع به – وكان لما حصله الحكم من اعتراف الطاعن أصله الثابت فى الأوراق على ما يبين من المفردات التى أمرت المحكمة بضمها تحقيقا للطعن ، فإن الحكم إذ دان الطاعن بجريمة بيعه الدقيق الفاخر فى محل البقالة المملوك له قبل الحصول على ترخيص بذلك ، يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقا صحيحا .

الطعن رقم ٢١٨٥ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ١٩ من فبراير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٢٣٣ »

(أ) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة .

تغاير جريمة القتل الخطأ عن جريمة الإصابة الخطأ . لا محل لاعتبار المجنى عليهم فى جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ .

(ب) قانون . « تفسيره » . قتل خطأ . إصابة خطأ .

الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها . عدم جواز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وضوح النص .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات أخف من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ ، ٣ عقوبات . عدم جواز الجمع بين هذين النصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منهما أشد من العقوبات المقررة فى النص الأول الواجب التطبيق .

(ج) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة . ارتباط .

جريمة المادة ٢٣٨ /١ عقوبات أشد من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ عقوبات . إعمال حكم المادة الأولى باعتبارها النص المقرر لأشد الجريمتين المرتبطتين وفقا للمادة ٣٢ / ٢ عقوبات تطبيق صحيح للقانون .

١ – يبين من المقارنة بين المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات ومن ورودهما على غير منوال واحد فى التشريع أنهما وإن كانتا من طبيعة واحدة إلا أنهما تعالجان جريمتين متغايرتين لكل منهما كيانها الخاص ، وقد ربط القانون لكل منهما عقوبات مستقلة ، وهما وإن تماثلتا فى ركنى الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة إلا أن مناط التمييز بينهما هو النتيجة المادية الضارة فهى القتل فى الأولى والإصابة فى الثانية . ولم يعتبر الشارع القتل ظرفا مشددا فى جريمة الإصابة الخطأ بل ركنا فى جريمة القتل الخطأ مما لا محل معه لاعتبار المجنى عليهم فى جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ أو أن القتل الخطأ يتضمن على وجه اللزوم وصف الإصابة الخطأ . ومن ثم فإن القول بوجوب تطبيق الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات على جريمة القتل الخطأ موضوع الدعوى التى أسفرت عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر – يكون تقييداً لمطلق نص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ وتخصيصا لعمومه بغير مخصص .

٢ – متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطرا فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها . ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم . وإذا كان تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار جريمة القتل الخطأ التى تسفر عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر والمعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أخف من جريمة الإصابة الخطأ التى ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤ ، فإن هذه المفارقة قد تصلح سندا للمطالبة بتعديل التشريع ولكن لا يجوز

أى يمارسها على وجه الاعتياد ؛ ولا كذلك من يتولى من غير المتجرين فى السلعة القيام بعملية بيع فردية عرضية إسداء لخدمة لا ممارسة لحرفة .

٣ – متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن أنه يبيع الدقيق الذى حاز منه قدرا ضخما – على وجه الاعتياد – وأن ما باعه يوم الضبط كان جزءا مما حازه بقصد الاتجار وأنه أقر بذلك متذرعا بجهله القانون – مما لا يقبل التذرع به – وكان لما حصله الحكم من اعتراف الطاعن أصله الثابت فى الأوراق على ما يبين من المفردات التى أمرت المحكمة بضمها تحقيقا للطعن ، فإن الحكم إذ دان الطاعن بجريمة بيعه الدقيق الفاخر فى محل البقالة المملوك له قبل الحصول على ترخيص بذلك ، يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقا صحيحا .

الطعن رقم ٢١٨٥ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ١٩ من فبراير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٢٣٣ »

(أ) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة .

تغاير جريمة القتل الخطأ عن جريمة الإصابة الخطأ . لا محل لاعتبار المجنى عليهم فى جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ .

(ب) قانون . « تفسيره » . قتل خطأ . إصابة خطأ .

الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها . عدم جواز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وضوح النص .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات أخف من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ ، ٣ عقوبات . عدم جواز الجمع بين هذين النصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منها أشد من العقوبات المقررة فى النص الأول الواجب التطبيق .

(ج) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة . ارتباط .

جريمة المادة ٢٣٨ /١ عقوبات أشد من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ عقوبات . إعمال حكم المادة الأولى باعتبارها النص المقرر لأشد الجريمتين المرتبطتين وفقا للمادة ٣٢ / ٢ عقوبات تطبيق صحيح للقانون .

١ – يبين من المقارنة بين المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات ومن ورودهما على غير منوال واحد فى التشريع أنهما وإن كانتا من طبيعة واحدة إلا أنهما تعالجان جريمتين متغايرتين لكل منهما كيانها الخاص ، وقد ربط القانون لكل منهما عقوبات مستقلة ، وهما وإن تماثلتا فى ركنى الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة إلا أن مناط التمييز بينهما هو النتيجة المادية الضارة فهى القتل فى الأولى والإصابة فى الثانية . ولم يعتبر الشارع القتل ظرفا مشددا فى جريمة الإصابة الخطأ بل ركنا فى جريمة القتل الخطأ مما لا محل معه لاعتبار المجنى عليهم فى جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ أو أن القتل الخطأ يتضمن على وجه اللزوم وصف الإصابة الخطأ . ومن ثم فإن القول بوجوب تطبيق الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات على جريمة القتل الخطأ موضوع الدعوى التى أسفرت عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر – يكون تقييداً لمطلق نص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ وتخصيصا لعمومه بغير مخصص .

٢ – متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطرا فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها . ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم . وإذا كان تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار جريمة القتل الخطأ التى تسفر عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر والمعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أخف من جريمة الإصابة الخطأ التى ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤ ، فإن هذه المقارنة قد تصلح سندا للمطالبة بتعديل التشريع ولكن لا يجوز

التحدى بها للجمع بين هذين النصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منها أشد من العقوبات المقررة فى النص الصريح الواجب التطبيق .

٣ – متى كانت جريمة القتل الخطأ المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أشد من جريمة الإصابة الخطأ المعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المذكور ، وكان الحكم المطعون فيه قد أعمل أولى المادتين باعتبارها النص المقرر لأشد الجريمتين المرتبطتين وفقا لحكم المادة ٣٢ / ٢ من قانون العقوبات وأوقع على المطعون ضدهما عقوبة الغرامة فى الحدود المبينة فى النص المنطبق ، فإنه يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقا صحيحا .

الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٧ من يونيه سنة ١٩٦٨ « ١٩ ص ٧٠١ »

قانون . « القانون الوقتى » .

متى يكون التشريع لفترة محددة ؟ .

جرى قضاء محكمة النقض على أن التشريع الصادر لفترة محددة ينبغى أن يتضمن تحديدا صريحا لها ، فلا يكفى أن يكون التحديد ضمنيا مستفادا من ظروف وضع التشريع وملابساته .

الطعن رقم ٢٢٦٢ لسنة ٣٧ ق

جلسة ١٥ من يناير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٦٨ »

(أ ، ب) قانون . « القانون الأصلح » . عقوبة . « العقوبة المبررة » . زراعة .

(أ) تخفيف القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ للعقوبة الواردة بالمادة السابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الدورة الزراعية .

(ب) عدم جدوى التمسك بتطبيق القانون الأصلح للمتهم – مادام أن العقوبة المقضى بها تدخل فى الحدود المقررة فى القانون المذكور .

(جـ) نقض . « حالات الطعن بالنقض . الخطأ فى تطبيق القانون » . قانون . « القانون الأصلح » .

عدم جواز إلزام المتهم بمصاريف ألغاها القانون الجديد الأصلح له .

١ – تنص المادة السابعة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الدورة الزراعية على أن « كل مخالفة لأحكام هذا القانون وقرارات وزير الزراعة المنفذة له يعاقب مرتكبها بغرامة قدرها خمسون جنيها عن الفدان أو كسور الفدان فضلا عن إلزامه بمصاريف قياس المساحة محل المخالفة » ، وقد صدر القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الزراعة ، ملغيا ضمن ما ألغاه القانون الأول ونصت المادة الواحدة بعد المائة منه على أن « كل مخالفة لأحكام القرارات التى تصدر تنفيذا لإحدى المواد ١ ، ٢ و ٣ ، ٤ يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد عن خمسين جنيها عن الفدان أو كسور الفدان » بما مؤداه أن القانون الأخير قد خفف العقوبة الواردة بالمادة السابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٤ الملغى بجعله الغرامة تتراوح بين عشرين جنيها وخمسين جنيها وبإلغائه إلزام المخالف بمصاريف قياس الأطيان .

٢ – إذ كانت الغرامة التى قضى بها الحكم المطعون فيه وهى خمسون جنيها داخلة فى الحدود المقررة للغرامة كما نص عليها القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والذى صدر قبل الحكم نهائيا فى الدعوى والمعتبر القانون الأصلح للمتهم وفق المادة الخامسة من قانون العقوبات والواجب التطبيق على واقعة الدعوى فإن ذلك لا يقتضى تصحيحا للحكم فى هذا الخصوص .

٣ – إذ كان الحكم المطعون فيه قد ألزم المتهم بمصاريف قياس الأطيان محل المخالفة وهو ما ألغاه القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ الجديد فإنه بذلك يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه نقضا جزئيا .

الطعن رقم ١٢١٨ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٩٦٥ »

قانون . « القانون الأصلح » . عقوبة . « العقوبة المبررة » . تموين . نقض . « حالات الطعن بالنقض . الخطأ فى تطبيق القانون » . « الحكم فى الطعن » .

اعتبار القرار الوزارى رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٧ قانونا أصلح من القرار رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٦ لتركه للقاضى الخيار بين عقوبة الحبس وبين عقوبة الغرامة بعد أن كان القرار القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا بحد أدنى . لا يغير من ذلك قضاء المحكمة بعقوبة تدخل فى حدود العقوبة المقررة فى القانون الجديد ، طالما أنها التزمت الحد الأدنى للعقوبة المقررة فى القرار القديم مما يشعر بأنها إنما وقفت عند حد التخفيف ولم تستطع النزول إلى أدنى مما نزلت مقيدة بهذا الحد .

متى كان قرار وزير التموين والتجارة الداخلية الرقيم ٢٠ لسنة ١٩٦٧ قد ترك للقاضى الخيار بين عقوبة الحبس وبين عقوبة الغرامة ، وبالتالى فهو القانون الأصلح للمتهم من القرار رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٦ الذى ينص على عقوبتى الحبس والغرامة معا وهو القانون الواجب التطبيق إعمالا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات ، مادام أن الثابت أن هذا القرار صدر وتقرر العمل به قبل الحكم نهائيا فى الدعوى ، ولا يعترض على ذلك بأن العقوبة المقضى بها تدخل فى حدود العقوبة المقررة فى القانون الجديد إذ الواضح من الحكم أن المحكمة قد التزمت الحد الأدنى للعقوبة المقررة فى القرار رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٦ وهى الحبس ستة أشهر وغرامة مائة جنيه وهو ما يشعر بأنها إنما وقفت عند حد التخفيف ولم تستطع النزول إلى أدنى مما نزلت مقيدة بهذا الحد ، الأمر الذى يحتمل معه أنها كانت تنزل بالعقوبة عما حكمت به لولا هذا القيد القانونى وأنها لو فطنت إلى صدور القرار رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٧ – الذى خلا حكمها من الإشارة إليه – لما وقفت بالعقوبة عند الحد الذى قضت به . ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه

يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه . ولما كان هذا الخطأ إنما يخضع فى تصحيحه لتقدير محكمة الموضوع ، فإنه يتعين أن يكون مع النقض الإحالة .

الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٣٧ ق

جلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ١٢٤ »

إثبات . حكم .

ليس للقاضى القضاء بعلمه وإنما له الاستناد إلى المعلومات العامة .

لا ضير على الحكم فيما تزيّدت فيه المحكمة من القول بأنه لا يُتصور أن يسلك القادم من القاهرة « إلى طما » غير هذا الطريق لبعد المسافة بين البلدين ولأنه طريق سهل مرصوف ويتجه رأسا إلى الصعيد ، لأن هذا القول منها لا يعتبر قضاء من القاضى بعلمه ، بل هو من قبيل المعلومات العامة المفروض فى كل شخص أن يكون ملما بها مما لا تلتزم معه المحكمة قانونا ببيان الدليل عليه ، وقد كان يكون للطاعنين وجه لقولها بخطأ المحكمة فى هذا الشأن لو أنهما قدما دليلا لا يحتمل أى شك على أن المحكمة أخطأت فيما قالته .

الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٣٦ قضائية

جلسة ٥ من يونية سنة ١٩٦٧ « س ١٨ ص ٧٤٤ »

(أ – ز) عمل . « أجر إعانة غلاء المعيشة . كادر علاوات » . قانون . « سريانه من حيث الزمان » . « القانون الوقتى » . « الجهل بالقانون وبالواقع » . جريمة .

(أ) متى يكون الأجر شاملا لإعانة غلاء المعيشة فى حكم الأمر العسكرى رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ ؟ إذا كان لا يقل عن الأجر المقرر فى الأوامر التالية للأمر المذكور .

(ب) عدم التزام صاحب العمل قانونا بوضع كادر للعلاوات . حقه فى اعتبار كل زيادة فى الأجر إعانة غلاء وليست علاوة دورية .

(ج) الاتفاق بين صاحب العمل وعماله حول إعانة الغلاء . مشروعيته : إذا كان لا يخالف النظام العام .

(د) سريان الأمر العسكرى رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ على جميع العمال الذين عينوا من ٣٠ يونيه سنة ١٩٤١ سابقا كان التعيين أو لاحقا لسريان الأمر المذكور ونفاذه .

(هـ) القانون الذى يسرى لفترة محددة . وجوب تضمنه نصا صريحا بذلك . التحديد الضمنى لا يكفى . مثال فى القوانين والقرارات الخاصة بالتموين والتسعيرة الجبرية والأوامر العسكرية التى تصدر لمناسبة الأحكام العرفية .

(و) الجهل بقاعدة قانونية مقررة والواقع معا . اعتباره فى جملته جهلا بالواقع .

(ز) جريمة عدم صرف صاحب العمل إعانة غلاء المعيشة لعماله . ماهيتها ؟ عمدية .

١ – إذا كان لا نزاع فى أن العمال المدعين بالحق المدنى قد استخدمهم المتهمان فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ وبعده – وقد أثبت الخبير فى تقريره أن أجورهم لا تقل عن الأجور المقررة فى الأوامر التالية للأمر رقم ٣٥٨ سنة ١٩٤٢ – فإنه بذلك يكون الأجر شاملا لعلاوة الغلاء .

٢ – ليس فى القوانين ما يلزم صاحب العمل بوضع كادر للعلاوات لعماله – وأن من حق صاحب العمل أن يعتبر كل زيادة فى الأجر إعانة غلاء وليست علاوة دورية .

٣ – الاتفاق المبرم بين صاحب العمل وفريق من عماله على أنهم لا يستحقون قبله أية فروق غلاء معيشة وفق المقرر بالأمر العسكرى رقم ٩٩ سنة ١٩٥٥ وذلك بالتطبيق للمادة الثالثة من الأمر العسكرى رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ ليس فيه ما يخالف النظام العام مادام أن الحكم قد خلص إلى أن العمال معينون بعد ٣٠ يونيه لسنة ١٩٤١ وأن تقدير أجورهم روعى فيه حالة الغلاء – وأن ما يتقاضونه من أجر لا يقل بل يزيد عما يتقاضاه العمال الذين يشتغلون فى نفس أعمالهم وأن كافة

الزيادات التى كانت تطرأ على أجورهم منذ التحاقهم بالعمل هى فى حقيقتها علاوة غلاء معيشة .

٤ – يسرى نص المادة الثالثة من الأمر العسكرى رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ على جميع العمال الذين عينوا بعد ٣٠ يونية سنة ١٩٤١ أيا ما كان تاريخ تعيينهم سابقا أو لاحقا لتاريخ سريان هذا الأمر ونفاذه .

٥ – من المقرر أن التشريع الصادر لفترة محددة ينبغى أن يتضمن تحديدا صريحا لها . فلا يكفى أن يكون التحديد ضمنيا مستفادا من ظروف وضع التشريع وملابساته . وقد جرى قضاء النقض على هذا النظر وذلك بالنسبة إلى الأوامر العسكرية التى تصدر لمناسبة الأحكام العرفية فعدها غير محددة المدة ولا جائز إبطال العمل بها إلا بناء على قانون يصدر بإلغائها – وكذلك الشأن فى قوانين التسعيرة والقوانين والقرارات التموينية فاعتبرها غير محددة المدة ما لم تتضمن تحديدا صريحا لها – وإذ ما كان الأمر العسكرى رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ قد خلا مما يدل على أنه محدد المدة فإنه يندرج تحت هذا الحكم .

٦ – الدعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة مقررة فى الأمر العسكرى ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ والواقع فى وقت واحد – يجب قانونا فى المسائل الجنائية اعتباره فى جملته جهلا بالواقع .

٧ – جريمة عدم صرف إعانة غلاء المعيشة للعمال جريمة عمدية تتطلب توجيه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الأمر المكون للجريمة عالما بعناصرها القانونية .

الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٦ قضائية

جلسة ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٦ « س ١٧ ص ٣٧٨ »

(أ ، ب ، ج) عمل . حكم . « تسبيبه . تسبيب معيب » . قانون .

(أ) وقوع الإلزام بإعادة العامل المفصول بدون مبرر على عاتق صاحب العمل . المراد بصاحب العمل فى خطاب الشارع : هو صاحب الأمر فى

الإشراف الإدارى على شئون العمال المنوط به الاختصاص بتنفيذ ما افترضه القانون .

من له حق إصدار قرار الفصل : صاحب الشأن أو وكيله المفوض فى المشروعات الفردية وعضو مجلس الإدارة المنتدب فى الشركات .

وصف المخاطب بتنفيذ قانون عقد العمل وإصدار قرارات فصل العمال . ركن فى الجريمة التى تنسب إليه . سكوت الحكم عن بيان صفة الطاعن التى أوجبت انطباق النص القانونى الذى دين بمقتضاه . قصور يعيبه .

(ب) وجوب عرض أمر العامل فى المنشآت التى تستخدم خمسين عاملا فأكثر على اللجنة الثلاثية قبل أن تصدر قرارا نهائيا بفصله أو فسخ عقده . قرار اللجنة بوجوب إعادة العامل أو استبقائه ليس ملزما للمنشأة المخاطبة بنصوص قانون عقد العمل .

(ج) الجهل بقاعدة مقررة فى قانون العمل وبالواقع فى وقت واحد . اعتباره فى جملته جهلا بالواقع . مثال .

١ – نصت المادة ٦٧ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ فى شأن العمل على إيقاع الإلزام بإعادة العامل الذى فصل بدون مبرر وإلا كان عدم إعادته فصلا تعسفيا على عاتق صاحب العمل . والمراد به فى خطاب الشارع هو صاحب الأمر فى الإشراف الإدارى على شئون العمال المنوط به الاختصاص بتنفيذ ما افترضه القانون . وقد حددت المادة الرابعة من قرار وزير العمل رقم ٦٩ لسنة ١٩٦٢ والمعدل بالقرار رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٣ الأشخاص الذين جوزت لهم إصدار القرارات التأديبية وأوجبت أن لا يصدر قرار الفصل إلا من صاحب الشأن أو وكيله المفوض فى المشروعات الفردية ومن عضو مجلس الإدارة المنتدب فى الشركات . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يبين صفة الطاعن التى بها انطبق النص القانونى الذى دين بمقتضاه مع أن هذا الوصف فى المخاطب بتنفيذ قانون عقد العمل وإصدار قرارات فصل العمال ركن فى الجريمة التى قد تنسب إليه ، وكان الواجب بنص المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية أن يبين الحكم الواقعة المستوجبة للعقوبة بما تتوافر به أركان الجريمة التى يسأل المتهم عنها ، ومن ثم فإن سكوت

الحكم عن بيان صفة الطاعن التى أوجبت انطباق النص القانونى الذى دين بمقتضاه قصور يعيبه .

٢ – البين من نصوص المواد ٦ و ٧ و ٨ من قرار وزير العمل رقم ٦٩ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقرار رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٣ أنه يجب عرض أمر العامل فى المنشآت التى تستخدم خمسين عاملا فأكثر على اللجنة الثلاثية المشكلة من مدير منطقة العمل وممثل العمال وممثل صاحب العمل قبل أن تصدر قرارا نهائيا بفصله أو فسخ عقده وأن على اللجنة أن تبحث حالة العامل فى مدة لا تجاوز أسبوعا طبقا للإجراءات المبينة فى المادة السابعة وإلا كان القرار الذى يصدر بفصل العامل باطلا ، ومتى عرض أمر العامل على اللجنة واتّبعت فى شأنه الإجراءات المذكورة فى الأجل المضروب كان ذلك حسب الشارع فيما أراد من حماية العامل تريثا فى أمر البتّ فى تأديبه بالفصل أو إنهاء عقده بالفسخ ، أما قرار اللجنة نفسه بوجوب إعادته أو استبقائه فليس ملزما للمنشأة المخاطبة بنصوص قانون عقد العمل لأن المادة الثامنة من القرار لم توجب البطلان جزاء إلا على مخالفة حكم المادتين السادسة والسابعة منه ، وليس من بين أحكامها ما يلزم المنشأة باتباع رأى اللجنة الثلاثية فيما تراه من عدم فصل العامل .

٣ – إن تأول المتهم – بفرض ثبوت صفته – لنصوص قانون العمل ، وهل ما وقع منه يعد قرارا تأديبيا بفصل العامل طبقا لأحكام المادة ٦٧ / ١ أو فسخا للعقد طبقا للمادة ٧٦ / ٦ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ وهل الجزاء الذى أوقعه يتناسب مع الجرم الذى ارتكبه العامل أو يجاوزه ، خصوصا إذا كان قد انصاع فيما أوقعه من جزاء لأمر النيابة العامة بتأديب العامل شرطا لحفظ الدعوى الجنائية اكتفاء بمجازاته ، وهل قرار اللجنة الثلاثية يلزمه بإعادة العامل أو لا يلزمه ، وهل يترتب على مخالفته البطلان أو يستوجب العقوبة ، كل أولئك إنما هو دعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة مقررة فى قانون العمل وبالواقع فى وقت واحد مما يجب قانونا فى المسائل الجنائية اعتباره فى

جملته جهلا بالواقع . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لدلالة هذا كله على انتفاء القصد الجنائى لدى الطاعن فوق دلالته على انتفاء الركن المادى فى الجريمة فإنه يكون قاصر البيان واجب النقض .

الطعن رقم ١٤٦٧ لسنة ٢٩ قضائية

جلسة ١٥ من مارس سنة ١٩٦٠ « س ١١ ص ٢٧٠ »

اختلاس أشياء محجوزة . المسئولية والعقاب . قانون « الجهل به والخطأ فيه » . حكم . « قصور » .

ما يعدم القصد الجنائى . الجهل بأحكام وقواعد التنفيذ المدنية أو الخطأ فيها .

قصور بيان أحكام الادانة : عند إغفال الرد على الدفع بعدم توافر القصد الجنائى – مثال .

التصرف فى المحجوز اعتقادا بزوال الحجز بعد إلغاء أمر الأداء نتيجة المعارضة فيه .

من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيه – وهو فى خصوص الدعوى خطأ فى فهم قواعد التنفيذ المدنية – يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم . فإذا كان الحكم قد التفت عن الرد على ما تمسك به المتهم من عدم توافر القصد الجنائى لديه لأنه حين تصرف فى المحجوزات كان يعتقد زوال الحجز بعد إلغاء أمر الأداء الذى وقع الحجز نفاذا له – وهو دفاع جوهرى – فإنه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه .

الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٢٩ قضائية

جلسة ٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٩ « س ١٠ ص ٨٤٤ »

تزوير المحررات . المسئولية والعقاب . الإرادة الجنائية . ما يعدم القصد الجنائى .

الجهل بالواقع المختلط بالجهل بقاعدة مقررة فى غير قانون العقوبات . اعتبار الجهل فى جملته جهلا بالواقع ينتفى به القصد الجنائى . مثال فى الجهل بأحكام قانون الأحوال الشخصية فى شأن موانع الزواج .

متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين حين مباشرة عقد النكاح – وهو عمل مشروع فى ذاته – قررا بسلامة نية أمام المأذون – وهو يثبته لهما – عدم وجود مانع من موانعه كانا فى الواقع يجهلان وجوده ، وكانت المحكمة – بناء على وقائع الدعوى وأدلتها المعروضة عليها – قد أطمأنت إلى هذا الدفاع وعدتهما معذورين يجهلان وجود ذلك المانع ، وأن جهلهما فى هذه الحالة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات ، وإنما هو جهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية (تحريم الجمع بين الزوجة وخالتها) وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة القانونية وبالواقع فى وقت واحد مما يجب قانونا – فى المسائل الجنائية – اعتباره فى جملته جهلا بالواقع ، وكان الحكم قد اعتبر الظروف والملابسات التى أحاطت بهذا العذر دليلا قاطعا على صحة ما اعتقده المتهمان من أنهما كانا يباشران عملا مشروعا – للأسباب المعقولة التى تبرر لديهما هذا الاعتقاد – مما ينتفى معه القصد الجنائى الواجب توافره فى جريمة التزوير ، فإن الحكم إذ قضى ببراءة المتهمين يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما .

الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٢٩ ق

جلسة ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٥٩ « س ١٠ ص ٩٥٢ »

(١، ٢) إسقاط الحوامل . « وقت حصوله » . « عناصر الواقعة الإجرامية » . الإجهاض فى الشريعة الإسلامية . « حكمه » . الحق المقرر بمقتضى القانون . « ماهيته » .

(١) جواز الإسقاط فى اى وقت من أوقات الحمل . إباحة إسقاط الجنين الذى لم يتجاوز عمره أربعة أشهر . مجرد اجتهاد انقسم حوله رأى الفقهاء .

(٢) تحريم فعل الإسقاط يحول دون اعتباره مرتبطا بحق .

١ – المادة ٦٠ من قانون العقوبات إنما تبيح الأفعال التى ترتكب عملا بحق قرره القانون بصفة عامة ، وتحريم الشارع للإسقاط يحول

دون اعتبار هذا الفعل مرتبطًا بحق ، وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانيها العقاب الذى فرضه الشارع لفعلته ، فلا يكون مقبولا ما عرض إليه المتهم فى دفاعه أمام محكمة الموضوع من أن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذى لم يتجاوز عمره أربعة شهور ، وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة .

٢ - إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الجنين الذى لم يتجاوز عمره أربعة شهور ليس أصلا ثابتًا فى أدلتها المتفق عليها ، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأى فيما بينهم .

الطعن رقم ١٠٩٥ لسنة ٢٦ قضائية

جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٥٦ « س ٧ ص ١٣٣١ »

(أ ، ب ، ج) موظفون . أسباب الإباحة وموانع العقاب . قانون . « الجهل به » .

التعيين طبقا للأوضاع القانونية فى وظيفة بديوان الخاصة الملكية السابق . تنظيمه على غرار المصالح الأميرية وتطبيق نفس الأنظمة واللوائح التى تطبق على موظفى الحكومة ومستخدميها . حقهم فى الإفادة من الإعفاء الوارد فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات . مثال .

(ب) أسباب الإباحة وموانع العقاب . شروط الإعفاء الوارد فى المادة ٦٣ عقوبات . مثال .

(ج) قانون . الجهل به . متى يعتبر الفعل المبنى على الجهل بالقانون غير مؤثم .

١ - متى كان المتهم قد عين طبقا للأوضاع القانونية فى وظيفة بديوان الخاصة الملكية السابق الذى نظم على غرار المصالح الأميرية وطبق على موظفيها ومستخدميها نفس الأنظمة واللوائح التى تطبق على موظفى الحكومة ومستخدميها بسواء بسواء ، فإنه يكون فى هذا القدر من الكفاية ما يخوله الحق فى الإفادة من الإعفاء الوارد فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات .

٢ - أورد الشارع المادة ٦٣ من قانون العقوبات ليجعل فى

حكمها حصانة للموظفين العموميين حتى لا يتحرجوا فى أداء واجباتهم أو يترددوا فى مباشرتهم لهذه الواجبات خشية الوقوع فى المسئولية الجنائية وقد جعل الشارع أساسا لمنع تلك المسئولية أن يكون الموظف فيما قام به حسن النية وأن يكون قد قام أيضا بما ينبغى من وسائل التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذى قام به وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة ومن ثم فإذا كان المتهم يعمل فى ظروف تجعله يعتقد أنه وهو يقوم بخدمة الملك السابق فى الوظيفة المخصصة له إنما كان يباشر عملا له صبغته الرسمية وارتكب فعلا ينهى عنه القانون تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيسه الذى تجب عليه طاعته فإنه لا يكون مسئولا على أى الأحوال .

٣ - من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيه كحالة الخطأ فى فهم أسس القانون الإدارى يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم .

الطعن رقم ١٥١٠ سنة ١٦ القضائية

جلسة ١١ من نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ ص ١٩٩ قاعدة ٢٢٠

أ - قذف . حسن النية . معناه . صحة الوقائع . لا يكفى التثبت من صدق واقعة للاحتجاج بحسن النية فيما عداها من الوقائع .

ب - قذف . حسن النية . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

١ - إن حسن النية المشترط فى المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ليس معنى باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده فى تصرفه فيها على أسباب معقولة . ولقد أشارت إلى هذا المعنى تعليقات وزارة الحقانية على المادة ٢٦١ من قانون العقوبات السابق (المادة ٣٠٢ الحالية) حين قالت : « ويلزم على الأقل أن يكون موجه القذف يعتقد فى ضميره صحته حتى يمكن أن يعد صادراً عن سلامة نية

وأن يكون قدر الأمور التى نسبها إلى الموظف تقديراً كافياً » . وليست هذه الإشارة إلا تطبيقاً لقاعدة اعتمدها قانون العقوبات فى المادة ٦٣ الواردة فى باب الأحكام العامة والتى أوجبت على الموظف ، لكى يدرأ عن نفسه مسؤولية جريمة ارتكبها بحسن نية تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه ، أن يثبت لبيان حسن نيته أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى ، وأنه كان يعتقد مشروعيته ، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة . وقد ذكرت تعليقات وزارة الحقانية على هذه المادة أن حكمها مأخوذ من المادتين ٧٧ و ٧٨ من قانون العقوبات الهندى الذى عرف حسن النية فى المادة ٥٢ صراحة بقوله « لا يقال عن شيء إنه عمل أو صدق بحسن نية إذا كان قد عمل أو صدق بغير التثبت أو الالتفات الواجب » .

هذا ولقد أوجب المشرع ، فضلاً عن ذلك ، على القاذف الذى يحتج بحسن نيته أن يثبت صحة كل فعل أسنده للمقذوف فى حقه ، فدل بذلك على أن التثبت الذى لا غنى عنه لحسن النية يجب أيضاً أن يشمل كل وقائع القذف المؤثرة فى جوهره واقعة واقعة ، وأنه لا يكفى القاذف أن يكون قد تثبت من واقعة ليحتج بحسن نيته فيما عداها من الوقائع التى أسندها للمقذوف فى حقه دون دليل .

٢ - إن حسن النية المؤثر فى المسئولية عن الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض ، وهو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم . ويكفى أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره فى نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضى من ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع فى مناسبة أخرى .

الطعن رقم ١٦٦٥ سنة ٩ القضائية

جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية
جـ ٥ ص ٥٤

عيب فى الذات الملكية . مناط العقاب فى هذه الجريمة . لا يصح التدليل فى الإدانة برأى فقهى .

إن الشارع إذ نص فى المادة ١٧٩ من قانون العقوبات على عقاب كل من عاب فى حق الذات الملكية قد قصد أن يتناول بالعقاب كل قول أو فعل أو كتابة أو رسم أو غيره من طرق التمثيل يكون فيه مساس ، تصريحا أو تلميحا ، من قريب أو من بعيد ، مباشرة أو غير مباشرة ، بتلك الذات المصونة التى هى بحكم كونها رمز الوطن المقدّس محوطة بسياج من المشاعر يتأذى بكل ما يحس أن فيه مساسا بها ولو لم يبلغ مبلغ ما يعدّ بالنسبة لسائر الناس قذفا أو سبا أو إهانة . فمتى وقع الفعل المكوّن للعيب على أية صورة من تلك الصور ، وكان الجانى قد قصد توجيهه ، وهو عالم به ، إلى شخص الملك فقد حق عليه العقاب .

ومن حيث إن ماتبغى ملاحظته ابتداءً ، أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ دلّل على إدانة الطاعن فى جريمة العيب بما قال به من أن أمر الإقالة لما كان حقا شخصيا لجلالة الملك ويصدر بتوقيعه وحده دون سواه ، كان كل طعن يُوجّه إليه ينصرف حتمًا إلى الملك ، لأنه حتى مع صحة النظر الذى ارتآه من أن إقالة الوزارة من سلطة الملك الشخصية ولا يُسأل عنها الوزراء ، لايصحُّ أن يدلّل على الإدانة بمجرد رأى فقهى ، خصوصاً إذا كان متعلقا بمسألة شائكة فيها وجوه رأى هو أن الدستور يجعل أعمال الملك الرسمية جميعها صادرة على مسئولية الوزارة وحدها دون الملك الذى هو فوق كل مسئولية ، بل الواجب ألا تؤسَّس الإدانة إلا على عناصر واقعية ثابتة ومحققة .

ومن حيث إن لمحكمة النقض ، فى الجرائم التى تقع بطريق النشر ، أن تراقب محكمة الموضوع فيما ترتبه من النتائج القانونية على المقال موضوع المحاكمة ، وذلك لا يكون إلا بأن تبحث هى المقال لتتبين مناحيه وتستظهر

مراميه ، ثم تطبق القانون على وجهه الصحيح على أساس مايتبين لها من حقيقة الأمر فيه .

الطعن رقم ٢٣٩١ سنة ٤٦ قضائية

جلسة ٧ من نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ٣٦٣

دعوى مباشرة . رفعها . قانون حماية الموظفين . سريانه . رجعية القوانين وسريانها على الماضي .

دعوى الجنحة التي تكون رفعت مباشرة على أحد الموظفين قبل صدور القانون رقم ٢٣ الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ الخاص بحماية الموظفين هي دعوى صحيحة مقبولة لا يسرى عليها القانون المذكور . وليس يفيد وجوب سريان أحكامه على الدعاوى المرفوعة رفعا صحيحا قبل صدوره كونه من قوانين الإجراءات التي يراعى في تنفيذها ما جاء بنص المادة الثانية من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٠٤ الخاص بتنفيذ قانون تحقيق الجنايات من أنه « يعمل بالقواعد المختصة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون الجديد في جميع التحقيقات التي لم تكن تمت إلى يوم وجوب العمل بهذا القانون وفي كل دعوى تكون منظورة أمام أي محكمة بعد هذا التاريخ ابتدائية واستئنافية » . إذ ليس معنى وجوب العمل بالقواعد المختصة بالإجراءات المنصوص عليها بالقانون الجديد أن ما تم صحيحا من الإجراءات حسب القانون القديم لا يعتبر . بل معنى ذلك هو العمل بهذه القواعد فيما يحدث من الإجراءات في القضايا القائمة ، فما لم يقفل فيه باب التحقيق مثلا يسار في تحقيقه وتحصل المحاكمة ويطعن على الحكم الذي يصدر وينفذ حسب قواعد القانون الجديد . وكذلك ما استؤنفت أحكامه منها تتبع فيه قواعد المحاكمة الاستئنافية المدوّنة بالقانون الجديد . أما الدعاوى التي

تكون قد رفعت مباشرة إلى محكمة الجنح وفقا للمادة ٥٢ تحقيق جنايات التي كانت تجيز رفعها على الموظفين وغيرهم بغير قيد فهي مقبولة حتما لا يمكن أن يؤثر عليها قانون ما إلا بنص صريح(*) .

(*) راجع أيضا بهذا المعنى أحكام النقض الصادرة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ في القضية رقم ٢٦٧٦ سنة ٤٦ قضائية وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ في القضية رقم ٨٢٧ سنة ٤٧ ق وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٢ في القضية رقم ٩٦٥ سنة ٢ قضائية .

وانظر الحكم الصادر بجلسة ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ في القضية رقم ٢٦٧٦ سنة ٤٦ ق وقد ورد فيه « إن القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٩ لم يأت بمنع اختصاص المحاكم الجنائية من نظر دعاوى الجنح التي تكون قد تحركت فيها الدعوى العمومية بصفة قانونية وإنما أتى بمنع تحريك الدعوى العمومية من المدعي بالحق المدني . فهو لهذه العلة لا ينسحب إلا على ما يرفع من المدعي بالحق المدني من الدعاوى بعد صدوره . أما الدعاوى التي رفعت قبل صدوره وتحركت الدعوى العمومية برفعها فلا يمكن أن يؤثر فيها صدور هذا القانون ، لأن حق المدعي فيها حق مكتسب لا تأثير للقانون الجديد فيه .

أحكام محكمة النقض
الصادرة
من الدوائر المدنية

الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥١ قضائية (هيئة عامة)

جلسة ٢٢ من ديسمبر سنة ١٩٨٦

(١ - ٦) دعوى « الطلبات فى الدعوى » سبب الدعوى » استئناف « أثر الاستئناف » . إيجار « إيجار الأماكن » : « أسباب الإخلاء » : « التأجير من الباطن » .

(١) الطلب . ماهيته . القرار الذى يطلبه المدعى حماية للحق أو المركز القانونى الذى يستهدفه بدعواه .

(٢) سبب الدعوى . هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب . عدم تغيره بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية .

(٣) الاستئناف . أثره . نقل الدعوى الى محكمة الدرجة الثانية فى حدود الطلبات التى فصلت فيها محكمة أول درجة وما أقيمت عليه من أسباب طالما لم يتم التنازل عنها . م ٢٣٢ مرافعات . وجوب ترتيب هذا الأثر . لايحول دون تصدى محكمة الاستئناف للأسباب التى لم تفصل فيها محكمة أول درجة . علة ذلك .

(٤) الأسباب التى تجيز طلب إخلاء العين المؤجرة بالمادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اعتبارها تحديدا للوقائع التى يستمد منها المؤجر الحق فى طلب الإخلاء .

(٥) استناد المؤجر فى دعواه بالإخلاء على أكثر من سبب . القضاء بالإخلاء على سند من أحدها دون التعرض للأسباب الأخرى . استئناف المستأجر للحكم . أثره . نقل الدعوى إلى محكمة الاستئناف بكافة أسبابها طالما لم يتنازل المؤجر عن التمسك بها .

(٦) إقامة المؤجرة دعواها بالإخلاء للتأجير من الباطن ولسببين آخرين . القضاء بالإخلاء لثبوت السبب الأول دون التعرض للسببين الآخرين . إلغاء الحكم من المحكمة الاستئنافية لانتفاء واقعة التأجير من الباطن دون أن تعرض لباقى أسباب الإخلاء رغم عدم التنازل عنها خطأ .

١ - الطلب فى الدعوى هو القرار الذى يطلبه المدعى من القاضى حماية للحق أو المركز القانونى الذى يستهدفه بدعواه .

٢ - سبب الدعوى هو الواقعة أو الوقائع التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب . وهو لايتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية .

٣ - النص فى المادة ٢٣٢ من قانون المرافعات يدل على أن الاستئناف ينقل الدعوى الى محكمة الدرجة الثانية فى حدود الطلبات التى فصلت فيها محكمة أول درجة وماأقيمت عليه تلك الطلبات من أسباب سواء ماتعرضت له وما لم تتعرض له منها وذلك طالما أن مبديها لم يتنازل عن التمسك بها ، ولايحول دون ترتيب هذا الأثر أن محكمة الاستئناف فى هذه الحالة تتصدى لما لم تفصل فيه محكمة أول درجة من تلك الأسباب ، ذلك أن المشرع أجاز للخصوم وفقا لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ان يغيروا سبب الدعوى أمام محكمة الاستئناف وأن يضيفوا إليه أسبابا أخرى لم يسبق طرحها أمام محكمة أول درجة مع بقاء الطلب الأصلى على حاله ، فمن باب أولى تلتزم محكمة الاستئناف بالتصدى للأسباب السابق التمسك بها فى الدعوى اذا ما إرتأت إلغاء الحكم المستأنف الذى استجاب إلى الطلب على سند من أحدها مما اقتضى الاكتفاء به دون حاجة للتعرض لباقى الأسباب .

٤ - إن ما أوردته المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من بيان للأسباب التى يجوز معها للمؤجر المطالبة بإخلاء العين المؤجرة هو فى حقيقته تحديد للوقائع التى يستمد منها المؤجر حقه فى طلب الإخلاء .

٥ - إذا استند المؤجر أمام محكمة الدرجة الأولى فى دعواه بإخلاء العين المؤجرة إلى سبب أو أكثر من هذه الأسباب - أسباب الإخلاء - فقضت المحكمة بالإخلاء على سند من أحدها وأفصحت عن أنها لم تر مسوغا للتعرض لباقى الأسباب بعد أن أجيب المؤجر إلى طلبه واستأنف المستأجر هذا الحكم ، فإن الدعوى تنقل إلى محكمة الاستئناف بما سبق أن أبداه - المؤجر - من أسباب وتعتبر مطروحة أمام المحكمة للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف إلا إذا تنازل عن التمسك بأى منها .

٦ - مقتضى الأثر الناقل للاستئناف أن يعتبر مطروحا على محكمة الدرجة الثانية الأسباب التى أقام المستأنف ضده عليها طلباته بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف سواء فى ذلك الأسباب التى فصل فيها لغير صالحه أو تلك التى لم تعرض لها محكمة أول درجة وإنه على المحكمة الاستئنافية أن تعرض لها مالم يتنازل المستأنف ضده عن التمسك بأى منها صراحة أو ضمنا ، وكان البين من الأوراق أن الطاعنة (المؤجرة) قد أقامت دعواها بطلب إخلاء المطعون ضدهما الأولين من العين المؤجرة على سند من تأجير أولهما العين من باطنه للمطعون ضده الثانى بدون موافقتها وتأخره فى الوفاء بالأجرة وصدور قرار من الجهة المختصة بإزالة العين حتى سطح الأرض فتكون قد استمدت حقها فى الطلب من كل هذه الأسباب ، وإذ قضى الحكم المستأنف بالاخلاء على سند من ثبوت واقعة التأجير من الباطن دون إذن من المالك وأفصح عن عدم جدوى التعرض إزاء ذلك للأسباب الأخرى وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم لما ثبت لديها من انتفاء واقعة التأجير من الباطن دون أن تعرض لباقى الأسباب التى لم تتنازل عنها الطاعنة بل تمسكت بها صراحة أمامها ، فإنها تكون قد خالفت القانون .

الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ قضائية (هيئة عامة)

جلسة ١٦ من فبراير سنة ١٩٨٦

عقد . أثر العقد .

الوضع الظاهر . قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك ، اعتبار التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية نافذا فى مواجهة صاحب الحق متى أسهم الأخير بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق .

الأصل أن العقود لاتنفذ إلا فى حق عاقديها وأن صاحب الحق لايلتزم بما صدر عن غيره من تصرفات بشأنها ، إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدنى ، يبين ان المشرع قد اعتد فى عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل

فى المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها ، بما يحول ووصفها بالاستثناء ، وتصبح قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، ومؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق .

الطعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٥٣ قضائية (هيئة عامة)

جلسة ٢٥ من مارس سنة ١٩٨٥

(١ - ٤) إيجار « إيجار الأماكن » « أسباب الإخلاء » « الإضرار بسلامة المبنى » . إثبات « طرق الإثبات » قانون « القانون الواجب التطبيق » « نظام عام » .

(١) صدور تشريع لاحق يستحدث حكما جديدا يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، سريانه بأثر فورى على المراكز التى لم تستقر نهائيا وقت نفاذه . تعلق التعديل ببعض شروط القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها - كما لو استوجب لتطبيقها شروطا خاصة بإجراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة من قبل - عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذه على الوقائع التى نشأت فى ظله . م ٢ مرافعات والمادة ٩ مدنى .

(٢) وجوب ثبوت الإضرار بسلامة المبنى كسبب لاخلاء المستأجر . م ١٨ / د ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قاعدة تتعلق بالنظام العام ، سريانها بأثر مباشر على المراكز القانونية التى لم تستقر بحكم نهائى .

(٣) اشتراط الحصول على حكم جنائى لإثبات الاستعمال الضار بسلامة المبنى كسبب للإخلاء لايمس بذاتية القاعدة الآمرة . سريانه من تاريخ القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره .

(٤) وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الاخلاء . م ١٨ ق ١٣٦ / ١٩٨١ . وجوب تقديم حكم نهائى بالنسبة للوقائع اللاحقة على صدوره .

(٥) « إساءة الاستعمال » التزام « التزامات المستأجر » :

النص فى عقد الايجار على التنفيذ العينى أو التعويض : لايحول دون حق المؤجر فى طلب فسخ العقد والتعويض متى كان له مقتض م ٥٨٠ / ٣ مدنى .

(١) المقرر فى قوانين إيجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانونى وتعيين أسباب الإخلاء هى قواعد آمرة ومتصلة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فورى على جميع المراكز والوقائع القائمة والتى لم تستقر نهائيا وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قانون لاحق يتضمن تعديلا فى تشريعات إيجار الأماكن كان من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير إضافة أو حذفا فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فورى مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه . أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة سواء من حيث إجراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولامقررة من قبل ، فإن التعديل لايسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التى تنشأ فى ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذى رفعت الدعوى فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها . وقد نصت المادة ٢ من قانون المرافعات على أن « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا مالم ينص على غير ذلك » .

(٢) المشرع استحدث بالتعديل الوارد بالمادة ١٨ - من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذى كان مقررا بنص المادة ٣١ / جـ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأن جعله قاصرا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعم وأشمل - وهو مناط الإخلاء فى مجال تطبيق الحالة والأمر الثانى أنه حدد وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الإخلاء بصدور حكم نهائى بذلك . لما

كان ماتقدم وكان ما استحدثه القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى الأمر الأول من تعديل فى سبب الإخلاء يتصل بقاعدة موضوعية آمرة ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فورى مباشر على المراكز القانونية القائمة والتى لم تستقر بحكم نهائى وقت العمل به ولو كانت قد نشأت فى ظل القانون السابق .

(٣) ما استحدثه القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى الأمر الثانى والمتعلق باشتراط الحصول على حكم نهائى لإثبات واقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى فإنه لايمس ذاتية القاعدة الآمرة ولايغير من حكمها بل يضع شرطا لإعمالها إذ استلزم للحكم بالإخلاء ثبوت الاستعمال الضار بسلامة المبنى بحكم قضائى نهائى وهو مالم يكن مقررا فى القانون السابق ومن تم فإنه يسرى من تاريخ نفاذ القانون الأخير - رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - والعمل به دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره .

(٤) المقرر فى قضاء هذه المحكمة ، وعلى ماسلف بيانه من أن الشرط الوارد بالفقرة (د) من الماد ١٨ آنفة الذكر والخاص باستلزام ثبوت الضرر بسلامة المبنى بحكم قضائى لايسرى إلا من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة١٩٨١ دون أن يكون له أثر على الدعاوى القائمة وقت نفاذه والتى رفعت فى ظل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

(٥) الأصل طبقا للقواعد العامة فى القانون المدنى أن المستأجر ملتزم بألا يحدث تغييرا ضارا فى العين المؤجرة بدون إذن من المالك وقد نصت المادة ٥٨٠ / ٣ من القانون المدنى على أنه إذا خالف المستأجر هذا الالتزام جاز إلزامه بإعادة العين إلى الحالة التى كانت عليها وبالتعويض إن كان له مقتض وجاء هذا النص تطبيقا للقواعد العامة فيجوز للمؤجر أن يطلب التنفيذ العينى وإعادة العين إلى أصلها أو فسخ الإيجار مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض ، فإذا ماخص المشرع بالذكر إعادة الحالة إلى أصلها فإن هذا لايحول دون طلب الفسخ إذا توافر مبرره .

الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ١٣ من يناير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ١٩٧ »

إلغاء التشريع . سبيله – القانونان رقما ٤٤ و١٣٨ لسنة ١٩٦٤ .

إذ نصت المادة الثانية من القانون المدنى على أنه « لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » ، وكان القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ ، وقد اختلف مجال تطبيق أحكام كل منهما ، وليس ثمة تعارض بين أحكامها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ذهب فى أسبابه إلى أن القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ قد ألغى القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ الصادر بالتيسير على صغار الزراع المشترين للأراضى الزراعية ممن صودرت أموالهم وذلك بإعادة تقسيط مالم يؤد من الثمن على عشر سنوات أخرى بفائدة قدرها ٣٪ سنويا فحجب نفسه عن إعمال الآثار التى يرتبها هذا القانون على واقعة الدعوى ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٢٤ من يناير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٢٥٦ »

١ – ايجار » إيجار الاماكن » « التأجير الموسمى » . المصايف . أسباب الإخلاء .

دعوى الإخلاء للتأجير من الباطن . المادة ٢٣ / ج من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . تأجير المستأجر للعين الكائنة بمدينة الإسكندرية فى موسم الصيف لايعد مبررا للإخلاء . علة ذلك .

٢ – عرف . قانون « تفسير قانون » .

إيراد قرار وزير الإسكان رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ مناطق المصيف الجديدة بمحافظة الإسكندرية التى يجوز فيها التأجير من الباطن . لايعنى إلغاءه للعرف المستقر على إباحة التأجير مفروشا فى المدينة بأكملها . علة ذلك .

١ – لئن كانت المادة ٢٣ ب من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين – المنطبق على واقعة الدعوى تشترط حصول المستأجر على إذن كتابى بالتأجير من الباطن كى لايدع للمؤجر سبيلا إلى طلب الإخلاء إلا أن تأجير المستأجر للعين الكائنة بمدينة الإسكندرية من باطنه فى موسم الصيف فقط لايعد تأجيرًا من الباطن يبيح الإخلاء طبقا لحكم المادة سالفة الذكر . ذلك لأن الصفة العرضية التى يتصف بها هذا التأجير يحمل على التجاوز عنه . ولأن هذا هو الاستغلال المألوف الذى يتوقعه المالك والذى استقر عليه العرف فى تلك المدينة نظير العلاوة التى يسمح بها القانون ، هذا إلى أن التأجير الموسمى لايفيد عدم احتياج المستأجر الأصلى إلى شغل المكان المؤجر ، وهى العلة التى تبرر انتفاعه بحق البقاء فى العين ، فإذا تجاوز التأجير شهور الصيف المتواضع عليها من يونيو حتى سبتمبر فإنه يفقد صفته العرضية ويكون مسوغا طلب الإخلاء .

٢ – قرار وزير الاسكان رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ وإن لم يذكر ضمن مصايف محافظة الإسكندرية التى يجوز فيها التأجير من الباطن وفقا لحكم المادة الثالثة من القرار الوزارى رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر نفاذا للمادة ٢٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، المنطقة الواقعة بين محطة الرمل وسراى المنتزة والتى تقع ضمنها شقة النزاع . وأورد فى هذا الخصوص مناطق أبى قير وشاطىء المعمورة ومناطق الساحل الشمالى الغربى فإن الاقتصار على إيراد تلك المصايف التى جدت حديثا ، لايعنى إلغاء المشرع للعرف الذى استقر وجرى مجرى القانون على إباحة التأجير مفروشا فى مدينة الاسكندرية بأكملها لما يترتب عليه من

شل حركة الاصطياف فى أكثر مناطق المصيف ارتيادا ، وإنما يفيد إضافة مناطق جديدة ليسرى عليها ذلك العرف وهو ما أفصح عنه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون التشريعية والخدمات بمجلس الأمة عن مشروع القانون من أنه « راعى فى الوقت عينه ماجرى عليه العمل فى شأن تأجير الأماكن المفروشة فى المصايف والمشاتى والتيسير فى « شأنها » هذا .. الخ باسطا هذا الحق على مدينة الاسكندرية بأكملها ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على سند من أن المطعون عليه مستأجر شقة النزاع من باطنه لمدة خمسة عشر يوما فى شهر أغسطس سنة ١٩٧١ وهو من أشهر الصيف التى يجوز فيها التأجير مفروشا بدون إذن المؤجر ، فإنه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٢٤ من يناير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٢٦١ »

إيجار « إيجار الأماكن » . قانون « سريان القانون » .

وجوب نظر الدعوى التى أقيمت قبل العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ طبقا للقواعد والإجراءات السارية قبل نفاذه . المادة ٨٥ منه . سريان ذلك على تلك الدعاوى بمراحلها المختلفة مادامت قد أقيمت قبل نفاذ القانون الجديد وإن أدركها بعد رفعها . عدم انصراف ذلك إلى الأحكام الموضوعية التى احتواها القانون المذكور .

مفاد نص المادة ٨٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – يدل على استمرار القانون السابق فى التطبيق بالنسبة للمنازعات التى رفعت بها دعاوى قبل نفاذ القانون الحالى ، لأن النص فى هذه المادة على سريان القواعد والإجراءات المعمول بها قبل نفاذ القانون الجديد على ماكان قد رفع من دعاوى قبل ذلك ، لاينصرف إلى الأحكام الموضوعية التى احتواها القانون المذكور

وهو ماأفصحت عنه المناقشات البرلمانية فى هذا الشأن وإذ جاءت صياغة المادة ٨٥ سالفة البيان عامة مطلقة تشمل الإجراءات وماتعلق بالاختصاص والمواعيد وطرق الطعن فى الأحكام . فإنه لايجوز قصر نطاقها على مرحلة نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة دون محكمة الاستئناف إذ فى ذلك تخصيص لعمومها وتقييد لإطلاقها بغير مخصص ، وترتيبًا على ماتقدم فإن حكم تلك المادة يسرى على الدعاوى التى تكون قد أقيمت قبل نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بمراحلها المختلفة وإن كان القانون الجديد قد أدركها ، ولما كان الثابت من أوراق الطعن أن الطاعن أقام دعواه رقم ٧٩٥٩ لسنة ١٩٧٦ مدنى كلى شمال القاهرة فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٧٦ أى فى ظل العمل بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ الذى كان يجيز الطعن فى الأحكام طبقا للقواعد العامة وقبل نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعمول به اعتبارا من ٩ سبتمبر سنة ١٩٧٧ ، وإن أدرك هذا القانون الأخير تلك الدعوى قبل الفصل فيها وكذلك الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فيها ، فإنه يتعين تطبيق القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، وذلك إعمالا لحكم المادة ٨٥ سالفة البيان ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف لانتفاء الخطأ فى تطبيق القانون فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٠ قضائية

جلسة ٧ من فبراير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٤٢٥ »

(١) إثبات « طرق الإثبات : الإقرار » . محكمة الموضوع .

(١) سلطة محكمة الموضوع فى استخلاص الإقرار بالحق أو نفيه . شرطه .

(٢ ، ٣) إيجار « إيجار الأماكن » . « ترك العين أو وفاة المستأجر » . قانون « سريان القانون » .

(٢) المراكز القانونية الاتفاقية التى نشأت فى ظل القانون القديم . خضوعها له فى آثارها وانقضائها . القواعد الآمرة فى القانون الجديد ، وجوب

إعمالها بأثر فورى على هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها على مالم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها .

(٣) دعوى المؤجر فى ظل القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بالإخلاء للتنازل عن الإيجار . صدور القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أثناء نظر الاستئناف . تمسك الطاعن بما استحدثته المادة ٢٩ منه من امتداد العقد للمقيمين من الأقارب حتى الدرجة الثالثة فى حالتى الوفاة أو الترك . الحكم بإعمال القانون القديم . خطأ .

١ - إنه وإن كان استخلاص الإقرار بالحق من الأوراق ، ونفى ذلك هو من شئون محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن تبين كيف أفادت الأوراق ما استخلصته ، وأن يكون هذا البيان سائغًا .

٢ - الأصل أن القانون يسرى بأثر فورى مباشر على المراكز القانونية التى تتكون بعد نفاذه سواء فى نشأتها أو فى إنتاجها آثارها أو فى انقضائها . وهو لايسرى على الماضى ، فالمراكز القانونية التى نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث ، تخضع للقانون القديم الذى حصلت فى ظله ، أما المراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد فى الزمان فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التى تحققت فى ظله ، فى حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التى تتم بعد نفاذه ، ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذى نشأت فى ظله باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوئها أو آثارها أو فى انقضائها إلا أن هذا مشروط بألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد آمرة ، فحينئذ يطبق القانون الجديد فورا على مالم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها . وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلة ، كما يحكم انقضاءها .

٢ - وإذ نص فى المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن عقد الايجار لاينتهى بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجه وأولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك . وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسبا أو مصاهرة حتى

الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الايجار أن تكون لهم إقامة فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل ، وكان هذا النص آمرًا ، وكانت آثار المركز القانونى الذى يتمتع به المطعون ضده الأول طبقا للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ويخوله الحق فى الإخلاء ، قد أدركها القانون الجديد رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وقبل أن تتحقق تلك الآثار وتستقر فعلا بصدور حكم نهائى ، فإنه ينطبق عليها ، بما مؤداه عدم جواز الحكم بالإخلاء إذا ماتوافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٩ منه ، وإذ كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بتطبيق هذا النص باعتبار أن المطعون ضده الثانى كان يتخذ من العين سكنا وأنه أقام معه مدة تزيد على سنة سابقة على الترك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالإخلاء على أن المادة ٢٩ سالفة الذكر لاتنطبق على واقعة الدعوى ، باعتبار أن الترك فى ظل سريان أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، وطبقا للمادة ٢١ منه لم يكن من حق الأقارب حتى الدرجة الثالثة الاستفادة من الامتداد القانونى لعقد الإيجار إلا فى حالة الوفاة فقط فإنه يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٩ من فبراير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٤٤٥ »

(١) تحكيم . نقل بحرى . نظام عام .

١- جواز الاتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج . شرطه . عدم المساس بالنظام العام .

(٢) إثبات . قانون « القانون الأجنبى »

الاستناد إلى قانون أجنبى . واقعة مادية . يجب على الخصم إقامة الدليل عليها .

١ - لما كان الثابت أن شرط التحكيم المنصوص عليه فى مشارطة

الإيجار قد نص على أن يسوى النزاع فى « لندن » طبقا لقانون التحكيم الانجليزى لسنة ١٩٥٠ ، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج ولم ير فى ذلك مايمس النظام العام ، فإنه يرجع فى شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الانجليزى باعتباره قانون البلد الذى اتفق على إجراء التحكيم فيه بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام .

٢ - إذا كان الطاعن لم يقدم الدليل على القانون الانجليزى - المشار اليه - باعتباره واقعة يجب أن يقيم الدليل عليها حتى تتبين المحكمة مدى صحة ما ادعاه من بطلان التحكيم لمخالفته للنظام العام ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا الشرط صحيحا مرتبا لآثاره ، فإنه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

الطعن رقم ٢٨ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٢٦ من فبراير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٦٨٤ »

حكم « الطعن فى الحكم » . قانون « سريانه من حيث الزمان »

الطعن فى الحكم . جوازه من عدمه . العبرة بالقانون السارى وقت صدوره .

إذ صدر الحكم المطعون فيه فى استئناف حكم محكمة أول درجة الصادر فى ظل سريان حكم المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق التى كانت تجيز الطعن فى الأحكام التى تنهى الخصومة فى شق منها ، فإنه وفقا للمادة الأولى من قانون المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ يخضع من حيث جواز الطعن فيه إلى القانون السارى وقت صدوره ، وإذ صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ ٨ / ١١ / ١٩٧٧ بعد العمل بقانون المرافعات الحالى فإنه يسرى عليه حكم المادة ٢١٢ من هذا القانون .

الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ١٨ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٨٦١ »

دستور . قانون .

النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها . عدم نفاذها من تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية .

النص فى المادة ١٧٨ من الدستور على أنه « تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية ، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعة ، وينظم القانون مايترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار » وفى المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أنه « تنشر فى الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء » يدل على أن نشر تلك الأحكام قصد به علم الكافة ، وأن هذا العلم يفترض بمجرد حصول هذا النشر ، وأنه يترتب على هذه الأحكام عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها من تاريخ نشر هذه الأحكام فى الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ .

الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ قضائية

جلسة ٢٤ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٩٣٩ »

(١) حراسة « حراسة قضائية » . اختصاص « محكمة الحراسة » .

فرض الحراسة على أموال الأشخاص الطبيعيين . من اختصاص محكمة الحراسة دون غيرها . للمدعى العام الاشتراكى منع التصرف فى الأموال أو إدارتها .

(٢ ، ٣) اختصاص « المحكمة العليا » « محكمة الحراسة » . قرار « قرارات التفسير » .

(٢) قرارات التفسير الصادرة من المحكمة العليا . لها ذات القوة الملزمة للنص الذى انصب عليه التفسير . ليس لأية جهة قضائية أخرى بحث توافر شروط طلب التفسير .

(٣) صدور قرار التفسير من المحكمة العليا باختصاص محكمة الحراسة دون غيرها بنظر الأوامر الصادرة من المدعى العام الاشتراكى بمنع التصرف فى الأموال أو إدارتها . مؤداه . ليس لجهة القضاء العادى الفصل فى منازعة متعلقة بهذه الأوامر .

١ - نظم المشرع فرض الحراسة بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ ، فمنع فرضها على أموال الأشخاص الطبيعيين إلا بحكم قضائى يصدر من محكمة الحراسة المنصوص عليها بالمادة العاشرة منه ، وناط بالمدعى العام الاشتراكى الادعاء أمام المحكمة المذكورة وأجاز له بالفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من ذات القانون أن يأمر بمنع التصرف فى الأموال أو إدارتها متى تجمعت لديه دلائل قوية بالنسبة لأحد الأشخاص على أنه أتى فعلا من الأفعال المنصوص عليها فى المادتين الثانية والثالثة ، وأن يعين بالأمر الصادر بالمنع من الإدارة وكيلا لإدارة الأموال .

٢ - مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون المحكمة العليا أن المشرع اختص المحكمة العليا بتفسير النصوص التشريعية وجعل لقرارات التفسير التى تصدرها قوة ملزمة لجميع جهات القضاء ، وهى فى ذلك لاتنشىء حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذى انصب عليه التفسير ، ولايغير من ذلك أن المشرع نص بالمادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء ولم يشر إلى قرارات التفسير ، رغم أنه واجب نشر منطوق تلك الأحكام وقرارات تفسير النصوص القانونية بالجريدة الرسمية ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة

الرابعة من قانون المحكمة العليا قد نصت على أن لقرارات التفسير ذات القوة الملزمة ، وهو ماأشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ تعليقا على المادة ٣١ منه ، وكان من مقتضى اختصاص المحكمة العليا بالتفسير الملزم للنصوص التشريعية أن يكون لها وحدها تقدير توافر شروط قبول طلب التفسير بحيث لايقبل من أية جهة قضائية أن تبحث تلك الشروط أو تناقشها توصلا إلى التحلل من القوة الملزمة لقرار التفسير .

٣ - إذ كانت المحكمة العليا قد أصدرت قرارا بتفسير نص المادة العاشرة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ نشر فى الجريدة الرسمية بالعدد الصادر بتاريخ ١٧ / ٤ / ١٩٧٨ ، مقتضاه أن المادة العاشرة التى انصب عليها التفسير تقضى باختصاص المحكمة المنصوص عليها فى تلك المادة دون غيرها بنظر المنازعات فى الأوامر الصادرة من المدعى العام الاشتراكى بمنع التصرف فى الأموال أو إدارتها ، فلا يجوز التعلل بما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ من أن أمر المدعى الاشتراكى بالمنع من التصرف فى الأموال أو إدارتها يعتبر كأن لم يكن بفوات ستين يوما على صدوره دون تقديم الدعوى لمحكمة الحراسة ، للقول بانعدام الأمر بفوات هذا الميعاد ، ومن ثم يسوغ للقضاء العادى الفصل فى منازعة متعلقة بهذا الأمر ، لأن هذه المحكمة بما لها من ولاية مقررة قانونا هى صاحبة الولاية دون غيرها فى القضاء باعتبار هذا الأمر كأن لم يكن .

الطعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٣٠ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٩٨٥ »

(١) نقض . نظام عام - نيابة عامة .

الأسباب المتعلقة بالنظام العام - جواز إثارتها من النيابة . شرطه . أن تكون واردة على الجزء المطعون عليه من الحكم .

(٢ ، ٣) بنوك . عرف . فوائد . نظام عام .

(٢) تحريم الفوائد المركبة . الاستثناء - ماتقضى به القواعد والعادات التجارية .

(٣) الحساب الجارى - صيرورته دينا عاديا بإقفاله . تحريم تقاضى فوائد مركبة عنه . تعلق ذلك بالنظام العام .

١ - تحديد الحد الأقصى للفوائد من النظام العام وللنيابة أن تثير المسائل المتعلقة بالنظام العام مادامت تنصب على الجزء المطعون فيه من الحكم متى كانت جميع العناصر التى تمكن من الإلمام بها مطروحة على محكمة الموضوع .

٢ - النص فى المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى على أنه « لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .. وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » والنص فى المادة ٢٣٣ منه على أن « الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى مايقضى به العرف التجارى . ومفاد هذين النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ماتقضى به القواعد والعادات التجارية .

الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ قضائية

جلسة ٢١ من فبراير سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٥٧٣»

(١) اختصاص . « اختصاص ولائى » قرار إدارى .

للمحاكم التحقق من قيام القرار الادارى بمقوماته القانونية . تطبيقها له وفقا لظاهر نصوصه على النزاع المطروح . لايعد تعرضا للقرار بالتأويل .

(٢) دعوى « الطلبات فيها » . بيع . ملكية . محكمة الموضوع . حكم .

تكييف الدعوى . من سلطة محكمة الموضوع . وجوب التزامها بطلبات الخصوم وسبب الدعوى . الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع . الحكم بصحة العقد وتثبيت ملكية المدعى . قضاء بما لم يطلبه الخصوم .

(٣) حيازة . ملكية . قرار إدارى .

ترخيص جهة الإدارة بإنشاء مسقاة فى أرض الغير . الحيازة المستندة إلى حق استعمال المسقاة . حيازة تنتفى بها نية تملك أرض المسقاة مهما طال أمدها . الاستثناء . تغيير سبب الحيازة .

(٤) حيازة .

تغيير سبب الحيازة الوقتية . كيفيته . م ٩٧٢ / ٢ مدنى .

١ - القانون لم يعرف القرارات الإدارية ولم يبين الخصائص التى تميزها والتى يهتدى بها فى القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها من تعرض السلطة القضائية لها بتعطيل أو تأويل ، وينبنى على ذلك أن للمحاكم العادية أن تعطى تلك القرارات وصفها القانونى على هدى حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم ، وهى فى سبيل ذلك تملك بل من واجبها التحقق من قيام القرار الإدارى بمقوماته القانونية والتعرف على فحواه فإن ظهر لها سلامة صدوره غير مشوب بما ينحدر به إلى درجة العدم كان عليها أن تعمل تطبيقه وفقا لظاهر نصوصه وتنزل ماوضع له القانون من آثار على النزاع المطروح ولايعتبر ذلك منها تعرضا للقرار بالتأويل .

٢ - على محكمة الموضوع إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها التكييف القانونى الصحيح دون تقيد بتكييف الخصوم لها إلا أنها لاتملك تغيير سبب الدعوى ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها ، وإذ كانت الدعوى قد أقامها الطاعن بطلب اقتصر على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه فإن لازم ذلك أن تتقيد المحكمة فى قضائها بهذا الطلب وحده ، وما ارتكز عليه من سبب قانونى طالما لم يطرأ عليها تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة وفى الحدود التى يقررها قانون المرافعات ، وليس صحيحا فى القانون مايقول به الطاعن من أن القضاء للمشترى بصحة ونفاذ عقد البيع وبثبوت ملكيته للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل

ملكية العقار تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل الملكية ، فيكون فى معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشترى ، ولذا فإن الحكم به يكون متناقضا إذا ماجتمع مع قضاء بتثبيت ملكية ذات المشترى لهذا العقار لما يفيده هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمى من ثبوت اكتساب المشترى لملكية العقار فعلا . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون صائبا إذ خلص إلى تخطئة الحكم الابتدائى بمخالفة القانون للقضاء بمالم يطلبه الخصوم لما ثبت أن مطلب الدعوى انحصر فى الحكم بصحة عقد البيع ونفاذه ورغم ذلك قضى دون طلب من الطاعن بتثبيت ملكيته إلى المسقاة مع قضائه بصحة ونفاذ عقد بيعها إليه ، فإن النعى يكون على غير أساس .

٣ – النص فى المادة ١٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ – الذى صدر استنادا إليه قرار وزارة الرى بإنشاء المسقاة محل النزاع بأنه « إذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقاة أو مصرف فى أرض ليست ملكه أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن فيرفع شكواه لمفتش الرى ليأمر باجراء تحقيق فيها .. وترفع نتيجة هذا التحقيق إلى المفتش الذى يصدر قرارا مسببا بإجابة الطلب أو رفضه ..» مفاده أن الحق الذى يتولد من ترخيص جهة الإدارة بإنشاء مسقاة فى أرض الغير لتجرى بها المياه توصلا لاستعمالها فى رى أرض الجار هو حق المجرى والشرب وهو الحق المقرر بالمادتين ٨٠٨ ، ٨٠٩ من القانون المدنى ، وتقرير هذا الحق يخالف عن حق الملكية فالحيازة باستعمال المسقاة فى الرى ركونا إلى ذلك الحق تعتبر حيازة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تنتفى معه نية تملك أرض المسقاة ، وتبقى هذه الحيازة المتجردة من هذه النية غير صالحة للتمسك بالتملك مهما طال أمدها إلا إذا حصل تغيير فى سببها .

٤ تغيير سبب الحيازة لايكون – وعلى ماتقضى به المادة

٩٧٢ / ٢ من القانون المدنى وماجرى به قضاء هذه المحكمة – إلا باحدى اثنتين أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة بصفة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل على أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه .

الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤٦ قضائية

جلسة أول مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٦٧١ »

(١ – ٣) إيجار . قانون . نظام عام .

(١) خضوع عقد الايجار لأحكام القانون السارى وقت إبرامه . الاستثناء . أحكام القانون الجديد المتعلقة بالنظام العام . وجوب تطبيقها بأثر فورى .

(٢) امتداد عقد الإيجار بالنسبة لأقارب المستأجر عند وفاته . م ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . لا شأن لهذا النص بتنظيم العلاقة بين هؤلاء الأقارب فيما لهم من حقوق متبادلة . إبرام العقد فى ظل أحكام القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وجوب إعمال أحكام المساكنة .

(٣) المشاركون للمستأجر منذ بدء الإجارة فى سكنى العين المؤجرة . حقهم فى الانتفاع بها . عدم أحقية المؤجر أو المستأجر فى إخلائهم من العين .

١ – من المقرر وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ان عقد الإيجار يخضع لأحكام القانون المعمول به وقت إبرامه سواء ماكان متعلقا بالنظام العام إعمالا لقوتها الملزمة التى لاتجيز الاتفاق على مايخالفها أو مالم يكن كذلك باعتبارها مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين ويستمر سريان هذه الأحكام وتلك مادام العقد ساريا سواء بنص القانون أو نفاذا لاتفاق عاقديه وذلك مالم يصدر أثناء سريان مدته قانون جديد يتعلق بالنظام العام لأنه يكون واجب التطبيق فتسرى أحكامه على العقد بأثر مباشر .

٢ – حكم المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وإن كان

متعلقا بالنظام العام إلا أنه ينظم علاقة أقارب المستأجر بالمؤجر بما يحول بينه وبين اعتبار عقد الإيجار منتهيا بوفاة المستأجر إذا ماتوافر فى هؤلاء الأقارب الشروط المنصوص عليها فى القانون دون أن يمتد حكمه إلى تنظيم العلاقة بين هؤلاء الأقارب فيما يكون لهم من حقوق متبادلة . لما كان ذلك ، فإن حكم هذه المادة لاينطبق على علاقة الطاعن بالمطعون عليهما الرابع والخامسة بل تظل هذه العلاقة محكومة بما يكون بينهم من الاتفاق فى ظل أحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ - الذى أبرم العقد فى ظله - والقانون المدنى ومن ثم فإنه لا على الحكم - المطعون فيه - إن هو التفت عن تطبيق أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وطبق على الدعوى أحكام المساكنة .

٣ - جرى قضاء هذه المحكمة على أحقية المشاركين للمستأجر فى سكن العين منذ بدء الإجارة فى الاستمرار بالانتفاع بها دون أن يحق للمستأجر أو المؤجر إجبارهم على إخلائها .

الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ١٣ من مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٨١٠ »

(١ - ٣) دستور « سريانه » قانون .

(١) تعارض التشريع مع أحكام الدستور . وجوب التزام هذه الأحكام وإهدار ماعداها . ورود نص بالدستور صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدنى . وجوب إعماله .

(٢) جريمة الاعتداء على الحرية الشخصية . عدم سقوط الدعوى الجنائية والمدنية الناشئة عنها بالتقادم . م ٥٧ من الدستور . جريمة التعذيب المعاقب عليها بالمادة ١٢٦ عقوبات . دخولها فى هذا النطاق .

(٣) دعوى التعويض عن التعذيب .. القضاء بوقف تقادمها منذ وقوع التعذيب فى سنة ١٩٥٥ حتى صدور دستور سنة ١٩٧١ . إعمال الحكم الأثر المباشر للمادة ٥٧ من الدستور . لاخطأ .

١ - الدستور هو القانون الوضعى الأسمى صاحب الصدارة وعلى مادونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ماتعارضت هذه

وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ماسواها ، والتشريع لايلغى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا وإلغاء التشريع لايكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فإذا ماأورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سنِّ تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له فى هذه الحالة قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه .(١)

٢ - النص فى المادة ٥٧ من الدستور المعمول به فى ١١ / ٩ / ١٩٧١ على أنه « كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لاتسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء » ، مفاده أن الاعتداء الذى منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها أو المساس بها فى غير الحالات التى يقرها القانون كجرائم الاعتداء على الحرية التى يرتكبها المسئولون فى سلطة الدولة اعتمادا عليها ويدخل فى نطاقها الجريمة المعاقب عليها بالمادة ١٢٦ من قانون العقوبات والتى تنص على أن « كل موظف ومستخدم عمومى أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر وإذا مات المجنى عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمدا » .

٣ - إذ كان الحكم الصادر من محكمة أول درجة والمؤيد بالحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون ضده بالتعويض قد وقف سريانه منذ وقوع التعذيب والاعتداء على حريته فى ١٩٥٥ وحتى صدور الدستور ١٩٧١ انتهى إلى أن الدعوى المدنية

---

(١) نقض ٢٧ / ٢ / ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ٥٠٣
نقض جنائى ٢٤ / ٣ / ١٩٧٥ مجموعة المكتب للفنى السنة ٢٦ ص ٣٥٨ .

الناشئة عن هذا الاعتداء لاتسقط بالتقادم فإنه لايكون قد خالف القانون لأنه أعمل الأثر المباشر لنص المادة ٥٧ من الدستور التى اعتبرت ملغية لنص المادة ١٧٢ من القانون المدنى فى صدد هذه الجرائم بقوة نفاذ الدستور ودون حاجة إلى تدخل من المشرع .

الطعنان رقما ٥٠٧ ، ١٣٥٤ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٩٣٧ »

(١ – ٢) دستور . قانون . تقادم . « تقادم مسقط » . تعويض .

(١) النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها . عدم نفاذها من تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية . القضاء بعدم دستورية النص المانع من التقاضى . بدء سريان تقادم الدعوى من تاريخ نشر الحكم لامن تاريخ صدوره .

(٢) دعوى التعويض الناشئة عن وفاة أحد ضباط القوات المسلحة بسبب الخدمة . هى من الدعاوى التى تسرى عليها المادة ١١٧ من القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ المانعة من التقاضى والتى قضى بعدم دستوريتها .

(٣) تعويض . مسئولية .

التعويض عن الضرر المادى نتيجة وفاة شخص آخر . شرطه . ثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا على نحو مستمر وأن فرصة الاستمرار كانت محققة .

١ – النص فى المادة ١٧٨ من الدستور على أن « ينشر بالجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون مايترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار ، وفى المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أنه « تنشر فى الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين وتكون هذه

الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء مفاده أن تنشر تلك الأحكام قصد به علم الكافة بها وأن هذا العلم يفترض بمجرد حصول هذا النشر وإنه يترتب على هذه الأحكام عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها من تاريخ نشر هذه الأحكام فى الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ . ولما كان ذلك ، وكان الحكم الصادر من المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٧٤ عليا دستورية بعدم دستورية نص المادة ١١٧ من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ – بشأن عدم جواز نظر كافة الجهات القضائية لدعاوى التعويض المشار إليها بالنص – قد نشر فى ١٩ / ٥ / ١٩٧٤ بالعدد ١٩ من الجريدة الرسمية ١ لسنة ١٧ فإن دعوى المطعون ضدهما بالتعويض وقد رفعت فى ١٧ / ٢ / ١٩٧٧ تكون قد رفعت قبل اكتمال مدة التقادم الثلاثى وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ويكون لمحكمة النقض – على ماجرت عليه أحكامها – أن تصحح ماأورده الحكم المطعون فيه من تقرير قانونى خاطىء عندما قرر أن مدة التقادم الثلاثى تبدأ من تاريخ صدور الحكم بعدم دستورية هذا النص .

٢ – المادة ٦٩ من القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض لأفراد القوات المسلحة عند الوفاة أو العجز الكلى أو الجزئى بسبب العمليات الحربية قد منحت اللجنة المبين بها تشكيلها حق منح المعاش والتأمين والتعويضات بقرار نهائى لايجوز الطعن فيه أمام أية جهة قضائية ثم حرمت المادة ١١٧ من هذا القانون على كافة الجهات القضائية النظر فى دعوى التعويض الناشئة عن إصابة أو وفاة أحد الأفراد الخاضعين لأحكام هذا القانون عندما تكون الإصابة أو الوفاة قد حدثت بسبب الحرب أو العمليات الحربية أو بسبب إحدى الحالات المنصوص عليها فى البندين أ ، ب من المادة ٣١ من هذا القانون فإن قصد المشرع من ذلك هو جعل اختصاص اللجنة المشار إليها قاصرا على منح التعويض فى حالة وقوع

الضرر فى النطاق المحدد الذى رسمه هذا القانون . لما كان ذلك ، وكان الثابت مما سجله الحكم الابتدائى والحكم المطعون فيه أن الدعوى المرفوعة من المطعون ضدهما ناشئة عن وفاة مورثهما الضابط بالقوات المسلحة والخاضع لأحكام القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ بسبب الخدمة ونتيجة حادث وقع من السيارة العسكرية التى كان يركبها والتى كان يقودها أحد جنود القوات المسلحة فإن دعوى المطعون ضدهما تكون ضمن الدعاوى الخاضعة للمنع من التقاضى المنصوص عليه فى المادة ١١٧ سالفة الذكر – والتى قضى بعدم دستوريتها – وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس .

٣ – طلب التعويض عن الضرر المادى نتيجة وفاة شخص آخر – وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة – مشروط بثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ماشهد به شاهدا المطعون ضدها الأولى من أن مورثها المجنى عليه كان يعولها حال حياته وأن معاشها الشهرى عن زوجها لم يكن يكفى نفقاتها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أسس ثبوت الضرر وحدد عناصره على أسباب سائغة تكفى لحمله .

الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢٤ من ابريل سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ١١٩٣ »

(١) قانون . نظام عام .

القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام . ماهيتها .

(٢) ملكية . موظفون . نظام عام .

قصر تملك الصيدليات على الصيادلة المرخصين . عدم جواز أن يكون الصيدلى مالكا أو شريكا فى أكثر من صيدليتين أو أن يكون موظفا حكوميا . قانون ١٢٧

لسنة ١٩٥٥ . أحكام متعلقة بالنظام العام فرض الشارع لمخالفتها عقوبة جنائية .

(٣) بيع . بطلان . ملكية . نظام عام .

بيع الصيدلية إلى غير صيدلى مرخص أو صيدلى موظف أو مالك لصيدلتين . باطل بطلانا مطلقا لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام . الشروع فى بيع إحدى الصيدليتين بعد البيع . لا أثر له .

(٤) حكم « تسبيبه » دعوى « تكييفها » نقض « سلطة محكمة النقض » .

قصور الحكم فى الإفصاح عن سنده القانونى . لابطلان . لمحكمة النقض أن تستكمل هذا النقص متى كان الحكم صحيحا فى نتيجته . حقها فى تكييف الواقعة اعتمادا على ماحصلته محكمة الموضوع .

(٥) بيع . « دعوى صحة التعاقد » .

دعوى صحة التعاقد . نطاقها . اتساعها لبحث صحة البيع ونفاذه .

١ – القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو جتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولايجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، لأن المصالح الفردية لاتقوم أمام المصلحة العامة .

٢ – النص فى المادة ٣٠ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاولة مهنة الصيدلة مؤداه أن المشرع قصر تملك الصيدليات على الصيادلة المرخصين وحظر ذلك على من عداهم وذلك تنظيما لتداول الأدوية وتحقيقا للإشراف الفنى لصيدلى متخصص على هذا التداول لارتباطه الوثيق بصحة الجمهور وحياة المرضى . كما حظر النص أن يكون الصيدلى المالك موظفا حكوميا أو مالكا لأكثر من صيدليتين ، وذلك حتى يكون إشرافه الفنى حقيقيا

تحقيقا للمصلحة العامة التى استهدفها المشرع بهذا التنظيم محافظة على صحة الجمهور بما تكون معه هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، وقد أكد المشرع هذا المعنى بالنص على عقوبة جنائية على مخالفة أحكامه .

٣ - يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور لأمر يتصل بالنظام العام أو الآداب ، ومؤدى نص المادة ٣٠ من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ أن عقد بيع الصيدلية - وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته - إلى غير صيدلى باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام ، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلى موظف أو صيدلى يملك صيدليتين أخريين يعتبر كذلك باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام ، وإذ كان عقد البيع محل النزاع تضمن بيع محل تجارى (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية ، وكان الثابت تملك الطاعن صيدليتين أخريين خلاف الصيدلية المبيعة محل النزاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع المشار إليه باطلا بطلانا مطلقا يكون قد صادف صحيح القانون ، وإذ كان الشروع فى بيع إحدى الصيدليتين بعد إبرام عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا ليس من شأنه تصحيح هذا العقد ، وكان عدم رد الحكم على دفاع غير منتج فى الدعوى لايعيبه بالقصور ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس .

٤ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم المطعون فيه متى كان قد أصاب صحيح القانون فى نتيجته فلا يبطله قصوره فى الإفصاح عن سنده القانونى ، إذ لمحكمة النقض أن تستكمل ماقصر الحكم فى بيانه من ذلك ، كما أن لها أن تعطى الوقائع الثابتة كيفها القانونى الصحيح مادامت لاتعتمد فيه على ماحصلته محكمة الموضوع منها .

٥ - دعوى صحة التعاقد - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية البيع للتعامل فيه .

الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ٣٠ من يناير سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ٤٤٦ »

(١) ضرائب « ضريبة الأرباح التجارية والصناعية » .

جميع الضرائب التى تدفعها المنشأة عدا ضريبة الأرباح . اعتبارها من التكاليف الواجب خصمها من وعاء الأرباح التجارية والصناعية .

(٢) ضرائب « الضرائب الإضافية » قانون .

ضريبة الدفاع المفروضة بالقانون ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ ، وضريبة الأمن القومى المفروضة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٦٧ . عدم اعتبارهما من التكاليف الواجب خصمها من وعاء ضريبة الأرباح التجارية والصناعية . علة ذلك . النص فى القانون ١١٣ لسنة ١٩٧٣ على عدم جواز خصمها . اعتباره نصا تفسيريا .

(٣) قانون « سريانه من حيث الزمان » .

القانون التفسيرى . سريانه منذ تاريخ صدور التشريع الأصلى المفسر طالما لم يضف جديدا . لاحاجة للنص فيه على أنه حكم مكمل للتشريع الأصلى .

(٤) استئناف . حكم « حجية الحكم » .

تمسك الخصم بحجية حكم نهائى أمام محكمة أول درجة . اعتباره مطروحا على المحكمة الاستئنافية .

(٥) حكم « حجية الحكم » . ضرائب. قوة الأمر المقضى .

القضاء النهائى فى دعوى سابقة بخصم ضريبة الدفاع من وعاء ضريبة الأرباح التجارية عن سنوات معينة بالنسبة لأحد الخصوم فى الدعوى الحالية . اكتسابه قوة الأمر المقضى . عدم جواز إعادة المنازعة فى المسألة عن سنوات لاحقة . لامخالفة فى ذلك لمبدأ استقلال السنوات الضريبية .

١ - النص فى المادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل - قبل تعديلها بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية - يدل على أن الشارع أطلق مبدأ إدخال جميع الضرائب فى نطاق التكاليف التى تخصم من الأرباح

ماعدا ماورد عليه الاستثناء على سبيل الحصر خاصا بضريبة الأرباح التى تؤدى وفقا للقانون المذكور .

٢ – تنص الماة الرابعة من القانون رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ بفرض ضريبة إضافية للدفاع على أن « تحصل الضريبة الإضافية المنصوص عليها فى المادة السابقة مع الضرائب الأصلية وفى مواعيدها وتأخذ حكمها وتسرى عليها جميع أحكام القوانين الخاصة بتلك الضرائب سواء تعلقت بتحديد الايرادات أو الأرباح الخاضعة للضريبة أو الاعفاءات أو بالاجراءات أو بطريق التحصيل أو بغير ذلك » وهذا النص وقد ورد عاما ؛ يشمل حكم عدم اعتبارها من التكاليف الواجبة الخصم المنصوص عليه فى الفقرة الثالثة من المادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ فى شأن الضريبة الأصلية ، ولا محل لتخصيص عمومه بقصد تطبيق حكمه على الأحكام الاجرائية دون الأحكام الموضوعية الخاصة بالضريبة الأصلية . ذلك أن الشارع بعد أن أطلق مبدأ سريان أحكام الضريبة الأصلية على الضريبة الإضافية فى قوله « وتأخذ حكمها » أورد طائفة من تلك الأحكام موضوعية وإجرائية ، وعلى سبيل المثال لا الحصر ، فى عبارة جاءت فى ذات الفقرة معطوفة على العبارة السابقة عليها مؤكدة لها فى الحكم مرتبطة بها فى المعنى بحيث لايصح أن تستقل كل عبارة منها بحكمها دون أن يجمع بينها معيار مشترك بحكم جامع العموم والإطلاق فى كلتيهما ، وإذ كان ذلك وكان القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٧ بفرض ضريبة لأغراض الأمن القومى قد صدر من بعد وقضى فى مادته الثالثة بأن يسرى فى شأن هذه الضريبة أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٦ فيما لم يرد بشأنه نص خاص ، فإن حكم عدم الخصم من الأرباح الذى يسرى فى شأن ضريبة الدفاع ، يسرى على ضريبة الأمن القومى إذ لم يرد بشأنه نص خاص فى القانون الذى فرضها ، ولايغير مما تقدم صدور القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٢ – من بعد – بفرض ضريبة جهاد على إيرادات رؤوس الأموال المنقوله وعلى الأرباح التجارية والصناعيه وعلى كسب

العمل ، ناصا فى مادته الثالثة على أن « لاتعتبر هذه الضريبة وضرائب الدفاع والأمن القومى من التكاليف الواجبة الخصم طبقا للمادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المشار إليه » وترديد هذا الحكم بعد ذلك فى المادة ٣٩ ذاتها بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ ، ذلك أن القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٣ لم يضف جديدا إلى قانونى ضريبتى الدفاع والأمن القومى اللذين خلت ديباجته من الإشارة إليهما ، ولم يصدره الشارع إلا لفرض ضريبة الجهاد المنصوص عليها فيه .وإذا كان قد عرض فى أحد نصوصه للضريبتين سالفتى الذكر فإنما كان ذلك بمقتضى ماله من الحق الدستورى فى إصدار تشريع تفسيرى للتشريع الأصلى – هذا الحق الذى لاتؤثر فيه استطالة الزمن بين التشريعين – ليكشف فحسب عن حقيقة المراد بنص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ سالفة البيان منذ تقنينها منعا لكل تأويل أو لبس ، فقرر أن ضريبتىْ الدفاع والأمن القومى لاتعتبران من التكاليف الواجبة الخصم وفقا للمادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وذلك – وعلى ماورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٣ – أسوة بالضرائب الأصلية التى فرضها ذلك القانون .

٣ – إذ كان نص المادة الثالثة من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٣ بشأن عدم جواز خصم ضريبتى الدفاع والأمن القومى من وعاء ضريبة الأرباح التجارية والصناعية مفسرا للمادة الرابعة من القانون رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ وكاشفا عن حقيقة مراد الشارع من هذه المادة منذ تقنينها لامنشئا لحكم جديد ، فإن الشارع لم يكن فى حاجة إلى النص على أن الحكم التفسيرى فى شأن ضريبتى الدفاع والأمن القومى ، وهو حكم مكمل لأحكام القانونين رقمى ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ و٢٣ لسنة ١٩٦٧ اللذين فرضاها وذلك منذ صدورهما ، لماهو مقرر من أن القانون التفسيرى مادام لايضيف جديدا يعتبر قد صدر فى الوقت الذى صدر فيه التشريع الأصلى ، ويسرى بالتالى على جميع الوقائع منذ نفاذ التشريع الأصلى .

٤ – تمسك الطاعن بحجية حكم نهائى أمام محكمة الدرجة الأولى يعد مطروحا على محكمة الاستئناف اعتباراً بأن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بما فيها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع ، وكان الحكم المشار إليه قد فصل فى النزاع بين الطاعن ومصلحة الضرائب حول خصم ضريبة الدفاع من أرباحه فى السنوات .. إلى .. وقرر وجوب خصمها ، وكانت حجية الأحكام مقصورة على من كان طرفا فيها ، فإن هذا الحكم الذى أصبح نهائيا يكون حائزا قوة الأمر المقضى فى خصوص اعتبار ضريبة الدفاع ضمن التكاليف الواجبة الخصم ، ومانعا للخصوم فى الدعوى التى صدر فيها – الطاعن ومصلحة الضرائب – من العودة الى مناقشة هذه المسألة ، فى أية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع . ولا يمنع من ذلك أن يكون الحكم صادرا عن سنوات سابقة على سنوات النزاع فى الدعوى الماثلة لأن نطاق مبدأ استقلال السنوات الضريبية لايتعدى جانب الأرباح والتكاليف التى تحقق على مدار السنة بحيث لاتمتد إلى غيرها من السنين السابقة أو اللاحقة عليها إلا فيما نص عليه القانون استثناء .

٥ – إذا كان الحكم الصادر فى الاستئناف رقم ... قد فصل فى النزاع بين الطاعن الثامن والمطعون ضدها حول خصم ضريبة الدفاع عن أرباحه فى السنوات ١٩٥٧ إلى ١٩٦٤ وقرر وجوب خصمها وكانت حجية الأحكام مقصورة على من كان طرفا فيها ، فإن هذا الحكم الذى أصبح نهائيا يكون حائزا قوة الأمر المقضى فى خصوص اعتبار ضريبة الدفاع ضمن التكاليف الواجبة الخصم ، ومانعا للخصوم فى الدعوى التى صدر فيها – الطاعن الثامن والمطعون ضدها – من العودة إلى مناقشة هذه المسألة فى أية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ، ولايمنع من ذلك أن يكون الحكم صادرا عن سنوات سابقة على سنوات النزاع فى الدعوى الماثلة ، لأن نطاق مبدأ استقلال السنوات الضريبية لايتعدى جانب الأرباح والتكاليف التى تحقق على

مدار السنة بحيث لاتمتد إلى غيرها من السنين السابقة أو اللاحقة عليها إلّا فيما نص عليه القانون استثناء .

الطعن رقم ٣٦٤ سنة ٤٣ قضائية

جلسة ١٨ من فبراير ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ٥٥٦ »

تأمينات اجتماعية « تعويض الدفعة الواحدة » قانون .

خروج المؤمن عليه نهائيا من نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية ٦٣ لسنة ١٩٦٤ واشتغاله لحسابه . أثره . استحقاقه لتعويض الدفعة الواحدة . القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن حالات الخروج النهائى من نطاق التأمينات . عدم سريانه إلا على مايقع بعد صدور القرار المحدد لهذه الحالات فى ١٣ / ٥ / ١٩٦٩ .

تقضى الفقرة ب من المادة ٨١ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ بأن يصرف للمؤمن عليه تعويض الدفعة الواحدة طبقا للنسب الواردة بها فى حالة خروجه نهائيا من نطاق تطبيق هذا القانون وكانت مدة الاشتراك تقل عن ٢٤٠ شهرا ولما كان المشتغلون لحسابهم طبقا لنص المادة الثانية من ذات القانون من الفئات التى تخرج عن نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية حتى يصدر بانطباقه عليهم قرار من رئيس الجمهورية ، وإذ وردت عبارة « الخروج النهائى عن نطاق تطبيق القانون » بالمادة ٨١ المشار إليها بصفة عامة مطلقة ، فإن قصر هذه الحالات على تلك التى لايتصور فيها عودة المؤمن عليه إلى عمل جديد يخضع لأحكام القانون ، واستبعاد حالة العمل لحسابه من هذه الحالات يكون تقييدا لمطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو مالايجوز ، إذ أنه متى كان النص عاما جرى فى الدلالة على المراد منه فلا محل لتقييده أو تأويله – لما كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٩ إنما عدل من أحكام الفقرة ب من المادة ٨١ من قانون التأمينات الاجتماعية فى شأن حالات الخروج

النهائى عن نطاق هذا القانون ، ومن ثم فلا يسرى هذا التعديل إلا على الوقائع التى تقع بعد العمل به – وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضده قد استقال من عمله فى ١٨ / ٣ / ١٩٦٩ لاحترافه التجارة قبل صدور قرار وزير العمل رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٩ الذى حدد حالات الخروج النهائى من نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية استنادا للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باستحقاق المطعون ضده لتعويض الدفعة الواحدة على أساس خروجه نهائيا عن نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية باستقالته من عمله لاحترافه التجارة ، عملا بالفقرة ب من المادة ٨١ من قانون التأمينات الاجتماعية قبل تعديلها فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا .

الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة أول يناير ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ١٠٥ »

(١) أمر أداء . دعوى .

عدم إعلان المتظلم ضده بصحيفة التظلم فى أمر الأداء خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب . أثره . اعتبار الدعوى كأن لم تكن . م ٧٠ مرافعات قبل تعديلها بالقانون ٧٥ لسنة ١٩٧٦ .

(٢) قانون دعوى .

تخلف الخصم عن اتخاذ إجراء الإعلان فى الميعاد الذى يحدده القانون . خضوعه للجزاء المنصوص عليه فيه متى كان الميعاد قد بدأ وانقضى فى ظله . لايغير من ذلك صدور قانون لاحق يلغى أو يعدل هذه الآثار . مثال بشأن اعتبار الدعوى كأن لم تكن فى المادة ٧٠ مرافعات .

(٣) دعوى « اعتبار الدعوى كأن لم تكن » . حكم .

الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن . أثره . زوالها هى والآثار المترتبة . بحث الحكم لموضوع الدعوى . لامحل له .

١ – مفاد نصوص المواد ٢٠١ ، ٢٠٦ / ١ ، ٢٠٧ / ١ من

قانون المرافعات أن المشرع وإن كان قد استثنى المطالبة بالديون الثابتة بالكتابة والمتوافر فيها شروط المادة ٢٠١ مرافعات من القواعد فى رفع الدعوى ابتداء إلا أنه أخضع التظلم من أوامر الأداء للقواعد والإجراءات المقررة لصحيفة الدعوى ومنها المادة ٧٠ من قانون المرافعات المتعلقة بالجزاء على عدم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب .

٢ – إذا نص قانون على ميعاد حتمى لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله ويخضع التراخى فى اتخاذ الإجراء خلال الميعاد المحدد للآثار والجزاء المنصوص عليها فى هذا القانون متى كان الميعاد قد بدأ وانقضى فى ظله ولو كان قد صدر بعد انقضاء هذا الميعاد قانون آخر يلغى أو يعدل هذه الآثار فإذا كان ميعاد ثلاثة الأشهر الذى استلزمت المادة ٧٠ من قانون المرافعات أن يتم إعلان صحيفة افتتاح الدعوى خلاله قد بدأ وانقضى دون إعلان الصحيفة قبل تعديل تلك المادة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ فإن نص المادة ٧٠ قبل تعديله يكون هو الواجب التطبيق ويجب على المحكمة أن توقع الجزاء الذى رتبته تلك المادة على التراخى فى إعلان الصحيفة خلال الميعاد المحدد متى طالب بتوقيع الجزاء صاحب المصلحة فيه دون أن تملك المحكمة خيارا فيه .

٣ – إذ انتهى الحكم المطعون فيه صحيحا باعتبار الدعوى كأن لم تكن فإنه يترتب على ذلك زوالها بما فى ذلك صحيفة افتتاحها وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها ويمتنع بالتالى على المحكمة الخوض فى موضوعها .

الطعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ١٥ من فبراير سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع١ ص ٥٣٩ »

(١) تقادم « وقف التقادم »

تحقق المانع الذى يوقف سريان التقادم . أثره . عدم بداية التقادم إلا بزوال المانع .

(٢) تعويض . تقادم . حكم . دعوى . إثبات .

تقدير قيام المانع الذى يوقف سريان التقادم . موضوعى . دعوى التعويض عن جريمة القبض على شخص . حبسه . القضاء بوقف تقادمها من تاريخ الإفراج عنه حتى ثورة التصحيح فى ١٥ / ٥ / ١٩٧١ . لاخطأ . ليس فى ذلك قضاء بعلم القاضى الشخصى .

(٣ - ٦) دستور . قانون . تعويض . تقادم . دعوى .

(٣) منع الاعتداء على الحرية الشخصية . المادتان ٤١ و٥٧ من الدستور .

القبض أو الحبس دون سند قانونى . جريمة معاقب عليها . م ٢٨٠ عقوبات .

(٤) جريمة الاعتداء على الحرية الشخصية . عدم سقوط الدعوى الجنائية والمدنية الناشئة عنها بالتقادم . م ٥٧ من الدستور . صلاحية النص بذاته للإعمال دون حاجة لصدور تشريع به .

(٥) القوانين واللوائح الصادرة قبل الدستور . بقاؤها صحيحة ونافذة . م ١٩١ من الدستور . عدم انصراف هذا النص إلى التشريع الذى اعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته .

(٦) دعوى التعويض عن جريمة القبض على شخص وحبسه . القضاء بوقف تقادمها حتى ثورة التصحيح فى ١٥ / ٥ / ١٩٧١ . عدم اكتمال مدة التقادم حتى تاريخ نفاذ الدستور فى ١١ / ٩ / ١٩٧١ . أثره . عدم سقوط الدعوى بالتقادم .

١ - تنص المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه « لايسرى

التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا » وإذ كان مثل هذا المانع إذا تحقق من شأنه ان يوقف سريان التقادم ، فلا يبدأ التقادم إلا بزوال ذلك المانع ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص قيام مانع يستحيل معه على المطعون عليه المطالبة بحقه - فى التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة القبض عليه وحبسه بغير حق - خلال الفترة من تاريخ الافراج عنه فى ١ / ٦ / ١٩٦٦ حتى ١٥ / ٥ / ١٩٧١ ، فإنه إذ رتب على ذلك ان مدة تقادم دعوى المطعون عليه لاتبدأ من تاريخ الافراج عنه وانما من تاريخ زوال المانع ، لايكون قد خالف القانون .

٢ - تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف سريان التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى ، هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس ما ارتآه من وقف تقادم دعوى التعويض عن الاعتقال دون سبب - فى الفترة من تاريخ الافراج عن المطعون عليه فى ١ / ٦ / ١٩٦٦ حتى ثورة التصحيح فى ١٥ / ٥ / ١٩٧١ - على أسباب سائغة تؤدى الى مارتبه الحكم عليها - وكان الذى قرره الحكم لايقوم على علم قضائه الشخصى بل يقوم على الظروف العامة المعروفة للجميع عما كانت تجتازه البلاد والشعب فى الفترة السابقة على ثورة التصحيح فى ١٥ / ٥ /١٩٧١ ، فإن النعى يكون على غير أساس .

٣ - النص فى المادة ٤١ من الدستور المعمول به فى ١١ / ٩ / ١٩٧١ على أن « الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لاتمس وفيما عدا حالة التلبس لايجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة امن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضى أو النيابة العامة » وفى المادة ٥٧ منه على أن « كل اعتداء على الحرية الشخصيه أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق

والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لاتسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء » مفاده أن الاعتداء الذى منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل مامن شأنه تقييدها فى غير الحالات التى يقرها القانون ، كالقبض على الشخص أو حبسه أو منعه من التنقل فى غير الحالات التى يقرها القانون . وهو مايعتبر جريمة بمقتضى المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات .

٤ - نصت المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات على أن « كل من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفى غير الأحوال التى تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لاتتجاوز عشرين جنيها مصريا » ، وإذ كان مانصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن الاعتداء على الحرية الشخصية يعتبر جريمة لاتسقط الدعو الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها بالتقادم . إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة إلى سن تشريع آخر أدنى فى هذا الخصوص ، إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات . ولما كانت محكمة الموضوع لم تعرض للفصل فى دستورية القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٢ ، إذ أن الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ليست من بين الجرائم التى نص عليها ذلك القانون ، فإن النعى يكون فى غير محله .

٥ - مانصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن « كل ماقررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور » فحكمه لاينصرف بداهة إلا إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته ، بغير حاجة إلى تدخل من المشرع .

٦ - إذ كان الحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم

بالنسبة لدعوى المطعون عليه - بالتعويض للقبض عليه وحبسه بغير حق - قد وقف سريانه حتى تاريخ ثورة التصحيح فى ١٥ / ٥ / ١٩٨١ وأن عودته للسريان - لاتكون إلا من هذا التاريخ - وإذ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت فى تاريخ نفاذ الدستور فى ١١ / ٩ / ١٩٧١ فلا تسقط تلك الدعوى بالتقادم إعمالا لنص المادة ٥٧ منه .

الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ١٩ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع٢ ص ٦٧٢

عمل « مدة الخدمة » « المعاش » تأمينات إجتماعية .

عمال المرافق العامة . التزامهم بأداء أعمالهم فى ظروف المجهود الحربى . عدم سريان أحكام القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ عليهم بشأن احتساب مدة الخدمة مضاعفة فى المعاش ، قرار وزير التموين ٣٦ لسنة ١٩٧٦ باحتساب المدة مضاعفة لهؤلاء العمال . عدم الاعتداد به لصدوره بغير تفويض له فى ذلك .

النص فى المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٠ فى شأن التعبئة العامة على أن « يترتب على إعلان التعبئة العامة (أولاً) ... ... (ثانياً) إلزام عمال المرافق العامة التى يصدر بتعيينها قرار مجلس الدفاع الوطنى بالاستمرار فى أداء أعمالهم تحت إشراف الجهة الإدارية المختصة » وفى المادة الأولى من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ - بشأن المعاشات والمكافآت والتعويض للقوات المسلحة - على أن « تسرى أحكام هذا القانون على المنتفعين الآتين ... ... وهم ... ... (هـ) المكلفون بخدمة القوات المسلحة فى حدود الأحكام الخاصة الواردة بهذا القانون .. » وفى المادة الأولى من قرار وزير الحربية رقم ١٤٥ لسنة ١٩٦٧ على أنه « يلزم عمال المرافق العامة والمؤسسات العامة والشركات التابعة لها الموضحة بالكشف المرافق لهذا القرار بالاستمرار فى أداء أعمالهم تحت مختلف ظروف المجهود الحربى » يدل على أن عمال المرافق العامة الذين

يلتزمون بالاستمرار فى تأدية أعمالهم تحت مختلف ظروف المجهود الحربى لا يندرجون ضمن من تنطبق عليهم أحكام احتساب مدة الخدمة مضاعفة الواردة فى القانون رقم ١١٦ الذى حدد على سبيل الحصر الفئات التى تنطبق عليهم أحكامه . ورغم أن قرار وزير التموين رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٦ نص فى مادته الأولى على أن تحتسب مدة خدمة العاملين بالجهات التى تضمنها الجدول المرافق به ومنها المطعون ضدها الثانية التى يعمل بها المطعون ضده الأول مدة خدمة مضاعفة فى المعاش ، إلا أنه لم يرد فى القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ نص بتفويض وزير التموين فى إضافة فئات غير المنصوص عليها فى القانون ممن تحتسب لهم مدة خدمة مضاعفة فى المعاش ، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى للمطعون ضده الأول بأحقيته فى احتساب مدة خدمته مضاعفة فى المعاش استناداً الى قرار وزير التموين رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٦ سالف البيان فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ٢٤ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع٢ ص٧٤٠ »

عمل . تأمينات اجتماعية . قانون .

العاملون بالزراعة لدى من تزيد حيازته عن خمسة أفدنة فى ١ / ٩ / ١٩٧٣ أو بعده ممن لا تقل مدة عملهم من ستة أشهر متصلة . سريان أحكام تأمين إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاة عليهم من ٣ / ٧ / ١٩٧٤ تاريخ العمل بالقرار الوزارى رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ . لاعبرة بتاريخ سريان القرار الجمهورى الذى قضى بسريان التأمين عليهم .

جرى قضاء هذه المحكمة على اعتبار العاملين فى الزراعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة ومنهم الذين يؤدون أعمالاً إدارية أو كتابية متعلقة بها من الخارجين عن نطاق هذا القانون طالما لم يصدر فى شأن سريان أحكامه بالنسبة لهم قرار بذلك وفق مانوهت عنه المادة الثانية

من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، وأنه وقد صدر القرار الجمهورى رقم ٧٩٤ لسنة ١٩٧٣ بشأن انتفاع فئات عمال الزراعة بمزايا التأمينات الاجتماعية والمعمول به طبقاً للمادة الخامسة منه اعتباراً من أول الشهر الثالث لتاريخ نشره فى ١٤ / ٦ / ١٩٧٣ ، ونصت المادة الأولى من ذلك القرار على أن « تسرى أحكام تأمين اصابات العمل وتأمين الشيخوخة والعجز والوفاة المنصوص عليها فى قانون التأمينات الاجتماعية المشار إليه على الفئات التالية : (أ ... ب - عمال الزراعة الدائمين فى القطاع الخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير التأمينات بعد موافقة مجلس الوزراء . ويكون التأمين عليهم إلزامياً ، ويسرى فى شأن أصحاب الأعمال الذين يستخدمونهم الأحكام الواردة بالقانون المذكور » كما نصت المادة الثانية منه على أنه « يقصد بعمال الزراعة الدائمين العمال الذين لا تقل مدة عمالتهم لدى صاحب العمل فى النشاط الزراعى عن ستة أشهر متصلة » . مما مفاده سريان قرار التأمينات المقررة بقانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ على عمال الزراعة فى القطاع الخاص الذين لا تقل مدة عمالتهم لدى صاحب العمل فى النشاط الزراعى عن ستة أشهر متصلة ، والذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير التأمينات بعد موافقة مجلس الوزراء ، وأنه إذ أصدر وزير التأمينات القرار رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ بتحديد فئات عمال الزراعة الذين يسرى فى شأنهم قانون التأمينات الاجتماعية والمعمول به اعتباراً من تاريخ نشره فى ٣ / ٧ / ١٩٧٤ ، ونص فى مادته الأولى على أن « تسرى أحكام تأمين إصابات العمل وتأمين الشيخوخة والعجز والوفاة على العاملين فى الزراعة الذين لا تقل مدة عمالتهم عن ستة أشهر متصلة لدى الجهات الآتية : (أ ... ... ب - حائزى الأراضى الزراعية الذين تزيد مساحة الحيازة عن خمسة أفدنة فى أول سبتمبر سنة ١٩٧٣ تاريخ العمل بقرار رئيس الجمهورية المشار إليه أو فى أى تاريخ لاحق » فإن أحكام تأمين إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاة المنصوص

عليها فى القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ تعتبر سارية على عمال الزراعة الدائمين فى القطاع الخاص بالتطبيق للقرار الجمهورى رقم ٧٩٤ لسنة ١٩٧٣ اعتباراً من تاريخ نشر قرار وزير التأمينات رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ فى ٣ / ٧ / ١٩٧٤ بتحديد فئاتهم تنفيذاً للقرار الجمهورى المشار إليه والعمل به بدءاً من هذا التاريخ . وإذ كان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضده الثانى عمل خفيراً لزراعة المطعون ضده الأول فى ٨ / ٧ / ١٩٧٣ وأن اشتراكات التأمين بها من الطاعنة هى عن فترة عمله لدى رب العمل حتى آخر يناير سنة ١٩٧٤ فلا تمتد إليها أحكام القرار الجمهورى رقم ٧٩٤ لسنة ١٩٧٣ الذى تراخى العمل به فى هذا الشأن الى حين صدور القرار الوزارى رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ المنفذ له والعمل به ابتداء من تاريخ نشره فى ٣ / ٧ / ١٩٧٤ ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى عدم استحقاق الطاعنة اشتراكات التأمينات الاجتماعية عن المدة محل النزاع حتى آخر يناير ١٩٧٤ وقضى برد مادفع منها بغير حق فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة فى القانون .

الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٥ من مايو سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع٢ ص ٢٨٠ »

(١) إيجار « الايجار المفروش » .

تأجير الوحدات السكنية مفروشة لأغراض السياحة . ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والقرارات المنفذة له . حق للمستأجر والمالك . للأخير هذا الحق ولو أجر أكثر من شقة واحدة فى عقاره .

(٢) قانون . نظام عام .

القاعدة القانونية . تعلقها بالنظام العام . مناطه .

(٣) إيجار . نظام عام .

التنظيم الخاص بتأجير الأماكن المفروشة . م ٢٦ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . والقرار المنفذ لها . تعلقه بالنظام العام . عدم جواز الاتفاق على مخالفته .

(٤) قانون « سريانه من حيث الزمان » . نظام عام . عقد .

سريان أحكام القانون الجديد . نطاقه . تعلقه بالنظام العام . أثره . سريانه بأثر فورى مباشر على ماينشأ فى ظله من أوضاع ولو كان تاريخ العقد الذى يستند إليه سابقاً على صدور القانون .

(٥) إيجار . قانون « سريانه من حيث الزمان » . عقد .

تأجير المكان مفروشاً فى ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والقرار الوزارى ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ . سريان أحكام هذا القانون والقرار على واقعة التأجير ولو كان عقد الإيجار قد أبرم قبل صدور القانون المذكور .

١ – النص فى المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين يدل – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – على أنه وقد تضمن حكم الفقرة الأولى من هذه المادة قيدين على حق التأجير مفروشاً ، هما حرمان المستأجر من هذا التأجير وحرمان المالك من تأجير أكثر من شقة واحدة فى عقاره ، فإن مؤدى الاستثناء من حكم هذه الفقرة – والمنصوص عليه فى الفقرة الثالثة من نفس المادة – هو التحلل من هذين القيدين معاً ، فيحق للمالك تأجير أكثر من شقة كما يحق للمستأجر تأجير شقته ، وبذلك يكون مقتضى الحكم الوارد فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ سالفة الذكر هو الإذن للملاك والمستأجرين على السواء بالتأجير مفروشاً للأغراض السياحية ومانى حكمها فى الحدود المبينة بقرارى وزير الاسكان والمرافق رقمى ٤٨٦ ، ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ الصادرين تنفيذاً لحكم ذلك القانون .

٢ – من المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعى أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة به الى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه ، التزاماً بمقتضيات الصالح العام ، وترجيحاً لها على ماقد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة ، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام .

٣ – عبارة النص فى المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ – بما اشتمل عليه من ألفاظ التقييد والتحديد – والغرض من وضعه حسبما أفصحت عنه مذكرته الايضاحية بقولها « رغبة فى تنظيم عملية تأجير الشقق المفروشة لما لتوافر عدد منها من أهمية خاصة فقد نص المشروع .. على قصر حق التأجير على الملاك دون سواهم ورغبة فى ضمان حق بعض المستأجرين الذين يتركون مساكنهم .. والاستفادة من تلك المساكن أثناء تغيبهم .. واستثناء من ذلك أجاز المشروع .. وضع القواعد المنظمة لتأجير وحدات سكنية مفروشة لأغراض السياحة وغيرها من الأغراض وذلك تحقيقاً للمرونة ولمواجهة كافة التطورات والأغراض الطلابية والعمالية » ، يدل على أن المشرع رأى أن يتولى بنفسه تنظيم تأجير الأماكن المفروشة على النحو الذى رآه محققا للصالح العام دون أن يترك للملاك أو للمستأجرين خياراً فى تحديد الحالات أو الأغراض التى يجوز لهم فيها ذلك ، وكانت المادة ٤٤ من ذلك القانون قد رتبت عقوبة جنائية على مخالفة حكم المادة ٢٦ آنفة الذكر ، فإن القواعد المقررة بهذا النص تكون متعلقة بالنظام العام مما لا يجوز معه الاتفاق على مايخالفها ، ولما كان قرار وزير الاسكان والمرافق رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ صدر تنفيذاً لحكم المادة ٢٦ المشار إليها ، فانه يستمد منها قوته وتكون أحكامه بذلك متعلقة مثله بالنظام العام .

٤ – من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القرار لا تسرى إلا على مايقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على مايكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع ، إذ يحكم هذه وتلك القانون الذى كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين ، إلا أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على مايقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة الى علاقات سابقة عليه ، إعمالاً لمبدأ الأثر المباشر

للقانون ، هذا ولئن كان من المقرر ، استثناء من هذا المبدأ الأخير ، تحقيقاً للاستقرار فى العلاقات التعاقدية ، وتأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة فى نطاق المشروعية ، سريان أحكام القانون الذى أبرم العقد فى ظله على مايتولد عنه من آثار مستقبلة ولو أدركها قانون جديد ، إلا أن ذلك مقيد بعدم تعلق قواعد هذا القانون الجديد بالنظام العام ، أما حيث تتعلق به فإنها تسرى بأثر فورى مباشر على مايقع منذ العمل به من تصرفات أو ينشأ من أوضاع بغض النظر عن تاريخ العقد الذى تستند إليه .

٥ – لما كانت واقعة التأجير مفروشاً قد وقعت فى ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، وكانت المادة ٢٦ منه والقرار الوزارى رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر تنفيذاً لها متعلقين بالنظام العام ، بغض النظر عن أن عقد الإيجار الأصلى قد أبرم فى ١ / ٧ / ١٩٦١ قبل صدور ذلك القانون ، وكان الحكم المطعون فيه قد أنزل حكم القانون المذكور على واقعة الدعوى ، فإنه لا يكون قد أعمل قانوناً جديداً على واقعة سابقة عليه إخلالاً بقاعدة عدم رجعية القوانين .

الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ٢٠ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع٢ ص٧٢٢ »

(١ – ٣) أحوال شخصية . إرث . قانون . « القانون الواجب التطبيق » . نظام عام .

(١) مسائل المواريث والوصايا والتصرفات المضافة إلى مابعد الموت . خضوعها لقانون المورث أو الموصى أو المتصرف وقت وفاته . شرطه . عدم تعارض أحكامه مع أحكام النظام العام أو الآداب فى مصر .

(٢) دخول غير المسلم فى الاسلام بالتلفظ بالشهادتين . كاف لاعتباره من المسلمين . عدم اعتداد القانون اللبنانى بإسلامه إلا إذا تم وفقاً لأوضاع معينة . قاعدة يتعين عدم تطبيقها فى مصر . علة ذلك .

(٣) قواعد المواريث . تعلقها بالنظام العام . ثبوت أن طالبة الوراثة

مسيحية الديانة والمورث مسلم . أثره . انتفاء مصلحتها فى طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوراثة باعتبارها ابنته .

١ - لئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة الى مابعد الموت تخضع طبقاً لنص المادة ١٧ من التقنين المدنى لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته ، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً ، فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب فى مصر وفقاً لما تقضى به المادة ٢٨ من التقنين المدنى .

٢ - إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبنانى الجنسية فإن القانون اللبنانى هو المرجع فى تحديد ورثته وذلك فى حدود مالا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب فى مصر . لما كان ماتقدم ، وكان القانون اللبنانى - وعلى مايتضح من حكم محكمة التمييز اللبنانية المقدم من المطعون عليها - لا يعتد بإسلام غير المسلم إلا اذا تم وفقاً للأوضاع المحددة به ، ولذا لم تعتد المحكمة المذكورة بإسلام المتوفى لعدم اتباعه هذه الأوضاع بينما المقرر شرعاً أنه يكفى لإسلام غير المسلم واعتباره فى عداد المسلمين أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أى إجراء آخر ، وهو ماليس محل خلاف ، وهى من القواعد الأصولية فى الشريعة الإسلامية التى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها ، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبنانى فى هذا الخصوص .

٣ - إذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى ، وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ١٩٤٣ أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث ، وهى بدورها من القواعد الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية وبالتالى تدخل فى نطاق النظام

العام وتمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر قد يأتى بحكم مخالف لها فإنه لا يكون للمطعون عليها مصلحة فى طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوراثة موضوع الدعوى .

الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٧ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع٢ ص٥٧٤ »

أوراق تجارية . عرف . بنوك .

اختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك . جريان العرف على اعتبار التوقيع على ظهر الشيك تظهيراً ناقلاً للملكية . عرف واجب التطبيق مالم يثبت أن التوقيع قصد به التظهير التوكيلى .

لا محل لإعمال حكم المادتين ١٣٤ ، ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكمبيالة لاختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك ، وإذ لم يضع القانون التجارى أحكاماً خاصة بتظهير الشيك وكان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية وذلك تيسيراً لتداوله وتمكيناً له من أداء وظيفته كأداة وفاء ، فإن هذا العرف يكون هو الواجب التطبيق مالم يثبت أنه أراد بالتوقيع أن يكون تظهيرا توكيلياً .

الطعن رقم ١١٤ لسنة ٤٩ قضائية

جلسة ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع٣ ص ٤٠٣ »

(١) قانون . « القانون الواجب التطبيق » .

إحالة القانون إلى بيان محدد فى قانون آخر . أثره . اعتباره جزءاً من القانون الأول . الإحالة المطلقة : أثرها . وجوب التقيد بما يطرأ على القانون المحال إليه فى هذه الحالة من تعديل أو تغيير .

(٢) تأمين . قانون . مسئولية .

التأمين على سيارات النقل . سريانه لمصلحة الغير والركاب دون عمالها . م ٥ ق ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ . لا يغير من ذلك إلغاء القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ الذى

أحالت إليه المادة سالفة الذكر .

١ – القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه فى قانون آخر ، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحى جزءاً منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلاً . أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى مايبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمراً محدداً فى خصوص ماأحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما فى ذلك ماقد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير .

٢ – تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات على أن « يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت فى جمهورية مصر وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٦ من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ » فمن ثم يكون قانون التأمين الإجبارى على السيارات المذكور قد ألحق بحكم المادة الخامسة منه ذات البيان الوارد بالمادة ٦ من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان بإلغاء قانون المرور المذكور . وبالتالى يظل الوضع على ماكان عليه من أن التأمين على سيارات النقل يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها .

الطعن رقم ٩٢٣ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ٣ ص ٩٢ »

ضرائب . « ضريبة الأرباح التجارية والصناعية » تأميم . قانون .

تأميم بعض المنشآت بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٤ بأثر رجعى من تاريخ العمل بالقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ . أثره . عدم مسئولية صاحب المنشأة عن الضريبة

المستحقة من تاريخ العمل بالقانون الأخير .

النص فى المادتين الأولى والتاسعة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت والمادة الأولى من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٤ يدل على أن الشارع أراد بالقانون الأول تأميم بعض الشركات التى أوردها بالجدول المرفق به ونقل ملكيتها للدولة ، ثم أضاف شركات أخرى بمقتضى القانون الثانى نص على أن يكون تأميمها بأثر رجعى من تاريخ العمل بالقانون الأول فى ٢٠ / ٧ / ١٩٦١ وذلك لما تبين – وعلى مايبين من المذكرة الإيضاحية للقانون الثانى – من أن كثيراً من الشركات والمنشآت المشار إليها قد تصرفت فى بعض موجوداتها من العدد والآلات بالبيع والرهن وما إلى ذلك منذ صدور القوانين الاشتراكية ، وهو مايتأدى منه أن الطاعن لم يكن مالكاً لأية حصة فى المنشأتين المؤممتين بعد ٢٠ / ٧ / ١٩٦١ تاريخ العمل بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ومن ثم لا يستحق ربحاً فى فترة النزاع وبالتالى لا يسأل عن الضريبة فى الفترة المذكورة .

الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤١ قضائية

جلسة ٢٥ من فبراير سنة ١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٩١٣ »

دفوع . دستور . نظام عام . نقض .

الدفع بعدم دستورية القوانين . غير متعلق بالنظام العام . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها ، وإذ كان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يثر هذا الدفع أمام محكمة الموضوع فإنه لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

الطعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٩١٥ »

(١ ، ٢) عقد « تفسير العقد » عيوب الإرادة » . بطلان .

(١) تفسير عبارات العقد . رهن بعدم وضوحها فى الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقد .

(٢) الغلط فى القانون . للمتعاقد طلب إبطال التصرف لهذا السبب . مادتان ١٢٠ ، ١٢٢ مدنى . شرط ذلك .

(٣) إيجار الأماكن . عقد .

الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية للمكان المؤجر . جائز . ثبوت أن الاتفاق كان وليد غلط فى القانون . جواز التمسك بإبطاله .

١ - مفاد المادة ١٥٠ من القانون المدنى أنه متى كانت عبارة العقد واضحة فى إفادة المعنى المقصود فيها فلا يجوز إخضاعها لقواعد التفسير للحصول على معنى آخر باعتباره هو مقصود العاقدين ، والمقصود بالوضوح فى هذا المقام هو الإرادة الحقيقية ، الأمر الذى يقتضى إبطال العقد كلما وقعت الإرادة فى غلط .

٢ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة وفقاً للمادتين ١٢٠ ، ١٢٢ من التقنين المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهرياً ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

٣ - لئن كان يجوز الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية ولايعد ذلك مخالفة للنظام العام ، إلا أنه يعد من قبيل العيب الذى يشوب إرادة العاقدين أن يثبت أن هذا الاتفاق كان وليد غلط فى تبين القانون الواجب التطبيق تحققت فيه الشرائط ، وهو مايجوز معه للمتعاقد طلب إبطاله .

الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٧ من يونية سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٤٣٤ »

(١) إيجار « إيجار الأماكن » .

الأجرة التى تخضع للتخفيض الوارد بالقانون ٥٥ سنة ١٩٥٨ . هى الأجرة الحقيقية التى انعقدت عليها الإرادة الصحيحة للمتعاقدين .

(٢) إيجار « إيجار الأماكن » . قانون .

تخفيض المؤجر للأجرة بواقع ١٥٪ إعمالاً للقانون ١٩٩ سنة ١٩٥٢ رغم عدم انطباقه . عدم اعتداد المحكمة بهذا التخفيض استناداً إلى أنه غلط فى القانون . لا خطأ .

(٣) دفوع . نظام عام . قانون .

الدفع بالجهل بالقانون . شرطه . أن تكون المخالفة لقاعدة غير متعلقة بالنظام العام . إعمال المتعاقد قاعدة قانونية فى غير محلها . هو غلط فى القانون .

١ - إذا كانت المبانى التى أنشئت بعد العمل بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ وحتى صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ لم تكن تخضع من حيث تقدير أجرتها لقواعد قانونية معينة وإنما كان تقديرها متروكاً لمطلق إرادة المتعاقدين لايحكمها فى ذلك سوى قانون العرض والطلب ، فإن مؤدى إخضاع أجور هذه الأماكن إلى التخفيض المقرر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ الذى قضى بسريان أحكامه على الأجرة التى كان يدفعها المستأجر خلال سنة سابقة على تاريخ العمل به أو الأجرة الواردة فى عقد الإيجار أيتهما أقل ، أن تكون الأجرة المعتبرة فى هذا المقام هى الأجرة الحقيقية التى انعقدت عليها الإرادة الصحيحة للمتعاقدين عند بدء التأجير أو التى اتفق المتعاقدان عليها فيما بعد متى استمر المستأجر فى دفعها خلال السنة السابقة على العمل بالقانون وكانت تقل عن الأجرة الأصلية .

٢ - إذ كانت المطعون عليها قد أسست دفاعها على أنها وقعت فى غلط فى القانون عند تأجيرها شقتى النزاع فى تاريخ سابق على العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ إذ اعتقدت أن المبنى يخضع لأحكام التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ لبدء إنشائه فى ظله وقامت بتخفيض الأجرة المتفق عليها وفقاً للنسب المحددة به وهى ١٥٪ وكان المقرر وفقاً للمادتين ١٢٠ ، ١٢٢ من القانون المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهرياً ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعتدّ بما أجراه المتعاقدان من تخفيض على الأجرة المتفق عليها على سند من وقوعها فى غلط فى القانون نتيجة إعمالها قواعد التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ رغم عدم سريان أحكامه ، وكان ماأورده الحكم المطعون فيه سائغاً فى التدليل على أن الاتفاق على تخفيض الأجرة المتعاقد عليها لم يكن من قبيل التحايل على القانون وإنما جاء وليد الغلط فيه ومن ثم يقع باطلا وتكون الأجرة قبل تخفيضها هى المتعين اتخاذها أساساً للتخفيض المقرر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ .

٣ - إذ كان الثابت أنه لا أساس لما يتمسك به الطاعن من عدم جواز الدفع بالجهل بالقانون لأن الأمر فى الدعوى لايدور حول وقوع مخالفة لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام التى يفترض علم كل شخص بها ومن ثم لا يجوز تبريرها بالجهل بهذه القاعدة وإنما يقوم على أساس إعمال قاعدة قانونية خطأً فى غير مجال تطبيقها وهو مايخضع لقاعدة الغلط فى القانون المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ من القانون المدنى .

الطعن رقم ٨٣٩ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٧ من يونية ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٤٢٨ »

(١) إيجار « إيجار الأماكن » . قانون .

صدر القانون المدنى فى تاريخ لاحق للقانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن . غير ناسخ له . علة ذلك .

(٢) إيجار « إيجار الأماكن » . إثبات « القرائن » .

ربط العوائد . مجرد قرينة على الأجرة القانونية . خضوعها لتقدير محكمة الموضوع .

(٣) إيجار « إيجار الأماكن » محكمة الموضوع .

توافر التماثل أو انعدامه بين شقة النزاع وشقة المثل . واقع . استقلال محكمة الموضوع بتقديره .

١ - يعتبر التقنين المدنى الشريعة العامة فتسود أحكامه سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار ، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الإيجار هى الواجبة التطبيق أصلاً مالم تطرأ ظروف معينة يرى المشرع معها ضرورة تعطيل بعض أحكامه أو إحلال تشريعات خاصة بديلا عنها ويعتبر القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين تشريعاً خاصاً فى طبيعته ونطاقه إذ خرج به المشرع عن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع لها أحكامًا خاصة ، فرض بمقتضاها التزامات معينة على كل من المؤجر والمستأجر قصد بها الحد من حرية المؤجر فى تحديد الأجرة وفى طلب الإخلاء ، وقصر تطبيقه على الأماكن المشار إليها فيه ، وكان القانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام مالم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التى كان يحكمها القانون الخاص ، وجاءت عباراته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال ومن ثم ، فإن القانون ١٢١ لسنة

١٩٤٧ يظل نافذاً وقائماً حتى بعد صدور القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بشأن القانون المدنى ولايسوغ القول بأن القانون المدنى قد نظم أحكام عقد الإيجار من جديد فيعتبر وفقاً للمادة الثانية ملغياً بكل ماسبقه من قوانين متعلقة بعقد الايجار وبالعلاقة التى بين المؤجرين والمستأجرين ، لأن الأعمال التحضيرية لهذا القانون صريحة فى الإبقاء على نصوص قانون إيجار الأماكن بدليل حذف اللجنة التشريعية لمجلس الشيوخ الفقرة الثانية من المادة الثانية سالفة البيان والتى كانت تقضى بإلغاء كل نص يخالف أحكام القانون المدنى ، وبررت اللجنة هذا الحذف بأن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشئة أوضاعاً دائمة أو موقوته حتى لا ينصرف النص فى عمومه إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لا يدخل فى قصد المشرع ، مما مفاده أن المادة الثانية سالفة الذكر إنما قصد بها مجرد إحلال القانون المدنى الحالى محل نصوص القانون المدنى القديم الصادر فى سنة ١٨٨٣ دون أن يستطيل إلى إبطال القوانين الخاصة ومن بينها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ إذ لكل من القانونين مجاله .

٢ – الأصل فى تقديرات البلدية للعوائد التى تحصل عن عقار أنها لا يصحّ أن تكون أساساً لتحديد الأجرة القانونية مما مفاده أن ربط العوائد – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – يصلح كمجرد قرينة قضائية متروك تقديرها لمحكمة الموضوع دون التزام عليها بالأخذ بها ، ولا على الحكم إذا هو اطرح ماتضمنته الصورة الشمسية للكشف الصادر من البلدية المشار إليه بسبب النعى مهما قيل إن الأجرة المثبتة به عن شقة النزاع مطابقة للأجرة المتفق عليها فى عقد الأيجار .

٣ – المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن توافر التماثل أو فقدانه بين عين النزاع وبين شقة المثل مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغاً ومؤدياً الى النتيجة التى انتهى إليها .

الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٢٨ من يونية لسنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٥٨٨ »

(١) دعوى . حكم « حجية الحكم » . قانون .

وقف الدعوى باتفاق الخصوم تطبيقاً للمادة ١٢٨ مرافعات . بدء ميعاد تعجيل الدعوى من نهاية أجل الوقف ولو صادف عطلة رسمية . قرار الوقف . لا حجية له . جواز تعجيل الدعوى قبل انتهاء الأجل المتفق عليه ولو اعترض الطرف الآخر .

(٢) قانون .

المواعيد والمدد والآجال فى سائر فروع القانون . خضوعها لحكم المادة ١٥ مرافعات . تحديد الميعاد بالشهور . وجوب احتساب بدئه فى نهاية يوم حدوث الأمر المجرى للأجل حتى نهاية اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهى فيه الأجل .

(٣) دعوى . إعلان . قانون .

وقف الدعوى باتفاق الخصوم . م ١٢٨ مرافعات . وجوب إعلان التعجيل بعد انتهاء أجل الوقف خلال الثمانية أيام التالية . لاعبرة بتاريخ تقديم صحيفة التعجيل إلى قلم الكتاب .

١ – مدة وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم إعمالاً لنص المادة ١٢٨ من قانون المرافعات لا تعتبر ميعادا من قبيل المواعيد التى عالجها المشرع فى المادة ١٥ من قانون المرافعات بقوله « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعاداً .. » فالميعاد الذى عناه الشارع فيها هو ذلك الذى يعينه القانون للحضور أو لحصول الإجراء ، وإذ كانت مدة الوقف الاتفاقى يحددها الخصوم أنفسهم حسبما يتراءى لهم وليس فى تدخل المشرع بوضع حد أقصى لها ما يضفى عليها وصف الميعاد فإنما هدفه من ذلك ألا يصبح الوقف وسيلة تعطيل وإطالة . وقد أكد هذا النظر حينما عبر عن الوقف فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٨ بكلمة « الأجل » كما يؤكده ماهو مقرر

من أن قرار الوقف باتفاق الخصوم لا يجوز حجية فيجوز لأى من الخصوم تعجيل الدعوى دون أن يكون للطرف الآخر حق الاعتراض فإن ميعاد الثمانية أيام الذى حدده المشرع لتعجيل الدعوى يبدأ من نهاية أجل الوقف ولو صادف عطلة رسمية .

٢ – المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجرياً للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، وتتبع تلك القاعدة العامة التى أوردها المشرع فى المادة ١٥ من قانون المرافعات فى احتساب جميع المواعيد فى سائر فروع القانون كما تتبع أيضاً فى حساب المدد والآجال على سبيل القياس ، فإذا كان الأجل محدداً بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر مجرياً للأجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهى فيه الأجل ، وإذ كان أجل الوقف ستة شهور قد بدأ بصدور الحكم بالوقف فى يوم ٢٠ / ١ / ١٩٧٣ فإنه يبدأ من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر السادس أى بنهاية يوم ٢٠ / ٧ / ١٩٧٣ ، ويبدأ ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية الأجل بيوم ٢١ / ٧ / ١٩٧٣ وينتهى بنهاية يوم ٢٨ / ٧ / ١٩٧٣ ، وإذ كان إعلان صحيفة التعجيل للهيئة المطعون ضدها قد تم فى ٢٩ / ٧ / ١٩٧٣ فإنه يكون قد تم بعد انقضاء ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف .

٣ – تعجيل الدعوى بعد وقفها يتطلب اتخاذ إجراءين جوهريين هما تحديد جلسة جديدة لنظرها حتى تستأنف القضية سيرها أمام المحكمة وإعلان الخصم بهذه الجلسة وبشرط أن يتم الإعلان قبل انتهاء ميعاد الثمانية أيام المحددة فى نص المادة ١٢٨ وذلك إعمالاً لنص المادة الخامسة من قانون المرافعات التى تنص على أنه « إذا نص القانون

على ميعاد حتمى لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله » ولا ينال من ذلك مانص عليه فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات من أن الدعوى ترفع إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة مالم ينص القانون على غير ذلك ، ذلك أنه وإن كان هذا النص قد أدخل تعديلاً جوهرياً فى طريقة رفع الدعوى إلا أنه وقد جاء فى الكتاب الأول فى بابه الثانى الخاص برفع الدعوى وقيدها ، استثناء من حكم المادة الخامسة التى وردت ضمن الأحكام العامة والمقابلة للمادة السادسة من قانون المرافعات السابق – يعد قاصراً على صحيفة افتتاح الدعوى أو الطعن أو الإجراءات الأخرى التى أحال فيها المشرع على أحكام الباب الثانى من الكتاب الأول فلا يتعداها إلى غيرها ويظل أثر نص المادة الخامسة سالفة الذكر سارياً بالنسبة لما عدا ذلك من الإجراءات التى تحصل بالإعلان ومن بينها تعجيل الدعوى بعد وقفها باتفاق الخصوم فلا يعتبر الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٢٨ من قانون المرافعات مرعياً إلا إذا تم إعلان التعجيل خلال الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف ، وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه الاستئناف كأن لم يكن لعدم إعلان المطعون ضدها بالتعجيل خلال الميعاد فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه يكون فى غير محله .

الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٢٠٦ »

(١) نقض . حكم « الطعن فى الحكم » .

الطعن بالنقض فى الحكم الجنائى . شرطه . استنفاد جميع طرق الطعن العادية وصدور حكم منه للخصومة فى موضوع الدعوى الجنائية . الاستثناء . م ٣١ ق ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) نقض . حكم . قضاة .

الأحكام الصادرة فى طلبات رد القضاة فى المواد الجنائية . عدم جواز الطعن

فيها بطريق النقض استقلالا عن الأحكام الصادرة فى موضوع الدعوى التى يرفع عنها طلب الرد . علة ذلك .

(٣) نقض . حكم . قضاة . قانون . استئناف .

الحكم الصادر فى طلب رد القاضى من دائرة الجنح المستأنفة أو محكمة الجنايات غير قابل للاستئناف . إجراءات الطعن فيه بطريق النقض . خضوعها لأحكام قانون الإجراءات الجنائية دون قانون المرافعات .

١ – الطعن بالنقض – فى الأحكام الجنائية – طريق غير عادى لا ينفتح بابه إلا بعد أن تكون الدعوى قد استنفدت جميع طرق الطعن العادية وصدر فيها حكم ينهى الخصومة فى موضوع الدعوى الجنائية ، أما مايسبق ذلك من ضروب الخطأ أو وجوه التظلم فقد ينتهى الحكم فى الموضوع لصالح الخصم فلا تكون له مصلحة فى الطعن عليه والتمسك بما كان يشكو منه ، فإذا لم يرفع الحكم النهائى الخطأ الذى يتمسك به الخصم فعندئذ يجيز له القانون الطعن فيه من يوم صدوره لإصلاح كل خطأ سواء فى ذلك ماوقع فى الحكم ذاته أو مابنى عليه واتصل به ، ولا استثناء من هذه القاعدة إلا فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣١ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن الإجراءات أمام محكمة النقض .

٢ – الأحكام الصادرة فى طلبات رد القضاة فى المواد الجنائية على اعتبار أنها صادرة فى مسائل فرعية خاصة بصحة تشكيل المحكمة – وعلى ماجرى به قضاء الدائرة الجنائية بهذه المحكمة – لايجوز الطعن فيها بطريق النقض استقلالاً عن الأحكام الصادرة فى موضوع الدعوى ، وذلك على أساس أنها وإن كانت منهية للخصومة فى دعوى الرد إلا أنها لا تنهى الخصومة فى الدعوى الأصلية التى تفرع الرد عنها ، وقد أكد هذا المبدأ قانون الإجراءات الجنائية فى المادة ٤٠٥ منه التى تنص على أنه « لا يجوز قبل أن يفصل فى موضوع الدعوى استئناف الأحكام التحضيرية والتمهيدية الصادرة فى مسائل فرعية

ويترتب حتماً على استئناف الحكم الصادر فى الموضوع استئناف هذه الأحكام » كما أكده فى المادة ٣١ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ التى تنص على أنه « لا يجوز الطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع إلا إذا انبنى عليها منع السير فى الدعوى » . وإذ كان الحكم المطعون فيه جاء مقصوراً على دعوى الرد وحدها فلا يجوز قانوناً الطعن فيه بطريق النقض مادام لم تنته به الخصومة بصدور الحكم النهائى فى الدعوى التى حصل الرد بشأنها ، فإنه يتعين الحكم بعدم جواز الطعن .

٣ – الحكم الصادر فى دعوى الرد من الدائرة الجنائية – سواء أكانت دائرة الجنح المستأنفة أو محكمة الجنايات – غير قابل للاستئناف ، ولا محل للتحدى بما نصت عليه المادة ٢٥٠ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية من أنه « يقدم طلب الرد للمحكمة المنظورة أمامها الدعوى لتفصل فيه ويتبع فى ذلك الإجراءات والأحكام المقررة بقانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية » ومانصت عليه المادة ١٦٠ / ١ من قانون المرافعات من أنه « يجوز لطالب الرد استئناف الحكم الصادر فى طلبه برد قاضى محكمة المواد الجزئية أوقضاة المحكمة الابتدائية ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائياً » لإجازة الطعن بطريق النقض فى الحكم برفض طلب الرد ، لأن مانصت عليه المادة ٢٥٠ / ١ من قانون الإجراءات سالفة البيان من اتباع الأحكام والإجراءات المقررة بقانون المرافعات مقصود به – كما تدل عليه صياغة النص – الإجراءات الخاصة بتقديم طلب الرد ونظره حتى الفصل فيه ، أما إجراءات الطعن فى الحكم الصادر فى طلب الرد فإنها تخضع للقواعد الخاصة بها التى أوردها الشارع فى قانون الإجراءات الجنائية والسابق بيانها ، لأن من المقرر فى المواد الجنائية أن لا يرجع إلى قانون المرافعات إلا عند عدم وجود نص فى قانون الإجراءات الجنائية ، أو للإعانة على تجلية غموض فى أحد نصوص هذا القانون وتفهم مرماه إذا كانت أحكامه هو لا تساعد على تفهمه .

الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة أول مارس سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٦٥١ »

(١) أحوال شخصية . « الزواج » . قانون « القانون الواجب التطبيق »

إبرام عقد الزواج . جوازه فى الشكل الذى يقتضيه القانون الشخصى للزوجين أو قانون البلد الذى أبرم فيه . إثباته . خضوعه للقانون الذى يحكم الشكل .

(٢) إثبات . « القانون الأجنبى » . قانون

القانون الأجنبى . واقعة . مادية . وجوب إقامة الدليل عليه .

(٣) أحوال شخصية . « زواج » . إثبات « الإقرار »

الإقرار . ماهيته . جواز اعتبار السكوت إقراراً ضمنياً بحصول الزواج . ليس للزوج نفى إقراره بعد ثبوته .

(٤) إثبات « الاستجواب »

طلب الخصم استجواب خصمه . عدم التزام المحكمة بإجابته متى وجدت فى عناصر الدعوى مايكفى لتكوين عقيدتها .

(٥) أحوال شخصية . إثبات .

الاعتقاد الدينى . العبرة بظاهر اللسان . النطق بالشهادتين . كافٍ لاعتبار الشخص مسلماً . شهر الإسلام على النموذج المخصص لذلك وثبوته . مجرد وسيلة تيسير الإثبات .

١ – للزوجين أن يبرما زواجهما فى الشكل الذى يقتضيه قانونهما الشخصى ، أو يبرما زواجهما فى الشكل المقرر طبقاً لقانون البلد الذى عقد فيه ، وإثبات الزواج يخضع للقانون الذى يحكم شكله .

٢ – المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون الأجنبى لايعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه .

٣ – الإقرار شرعاً هو إخبار الانسان عن ثبوت حق لغيره على

نفسه . والسكوت فى بعض المواقع يجعل الساكت مقراً بالحق بسكوته عنه كما يجعل المتكلم مقراً بالحق بكلامه وإن خالف القاعدة الفقهية القائلة لا ينسب لساكت قول ، ومن بينها لو هنأ الناس الزوج بزواجه فسكت لزمه الزواج وليس له نفيه بعد أن أقر به لما كان ذلك فإن ماخلص إليه الحكم من إقرار ضمنى صدر من المتوفى بحصول زواجه من المطعون عليها السادسة فى سنة ١٩٧٦ استقاه من مصاحبته لها إلى مجمع البحوث الإسلامية وتقريرها ذلك فى مواجهته وقبوله له ليس فيه مايعاب .

٤ – وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه إلا أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابته إلى طلبه لأنه من الرخص المخوَّلة لها ، فلا عليها إن هى التفتت عنه متى وجدت فى الدعوى من العناصر مايكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة لاتخاذ هذا الإجراء وفق المادة ١٠٨ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

٥ – المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الأقوال بظاهر اللسان ، والتى لا يجوز لقاضى الدعوى أن يبحث فى جديتها ولافى بواعثها أو دواعيها ، وأن نطق الشخص بالشهادتين كاف فى اعتباره مسلماً شرعاً ومعاملته معاملة المسلمين وسريان أحكام الإسلام عليه بدون حاجة إلى إعلان هذا الإسلام رسمياً أو اتخاذ أى إجراء آخر لاعتباره فى عداد المسلمين ، وبالتالى فإنه لا مساغ لما يستوجبه الطاعن من شهر الإسلام على النموذج الذى قدمه وتوثيقه والتصديق عليه من الجهات الإدارية لأنه إنما يقصد بها مجرد تيسير الإثبات لمن يطلبه دون أن تخل بحرية العقيدة الدينية فتضفى عليها شكلية معينة أو تحول دون من يبتغى الإسلام ديناً ومن سلوك أية وسيلة أخرى يرى فيها غناء .

الطلب رقم ٥٠ لسنة ٤٧ قضائية « رجال القضاء »

جلسة ٤ من مايو سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٣٤ »

(١ ، ٢) قانون . معاشات .

(١) سريان القانون الجديد بأثر مباشر على الوقائع التى تقع بعد نفاذه . عدم سريانه بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص .

(٢) بلوغ الطالب سن التقاعد فى سنة ١٩٧٣ . عدم سريان أحكام القانون ١٧ لسنة ١٩٧٦ عليه . وجوب تسوية معاشه طبقاً لنص المادة ٧٠ ق ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . لا محل للتحدى بقواعد العدالة .

١ - من المقرر أن القانون يطبق بوجه عام على الوقائع والمراكز القانونية التى تتم فى الفترة بين تاريخ العمل به وإلغائه ، فيسرى بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع أو تتم بعد نفاذه . ولا يسرى بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا اذا تقرر ذلك بنص خاص .

٢ - لما كان القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام قوانين الهيئات القضائية قد نص فى المادة ١٣ منه على أن ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به اعتباراً من ٢٦ نوفمبر ١٩٧٥ على أن تطبق أحكام الجدول المرفق بكل من قانون السلطة القضائية وقانون مجلس الدولة المشار إليهما على الباقين فى الخدمة ممن بلغوا سن التقاعد اعتباراً من أول أكتوبر ١٩٧٥ وتسوى معاشاتهم على أساس المرتبات الواردة بهذين الجدولين ، وكان الطالب قد بلغ سن التقاعد فى سنة ١٩٧٣ فإنه لايفيد من التعديلات التى أدخلها هذا القانون على جدول المرتبات ويسرى معاشه طبقاً لنص المادة ٧٠ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية قبل تعديلها بالقانون المذكور - على أساس آخر مربوط الدرجة التى كان يشغلها ، ولامحل لاستناد الطالب الى أن القوانين المعدلة لجداول مرتبات الكادرات الأخرى قد

نصت على سريان القواعد الجديدة على من بلغوا سن المعاش قبل صدور تلك القوانين ، ذلك أن القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ قد خلا من مثل تلك النصوص ولو أراد المشرع تطبيق أحكام القانون المذكور على من بلغوا سن التقاعد قبل أول أكتوبر ١٩٧٥ لنص على ذلك صراحة على غرار مافعل بالنسبة لهؤلاء . كما لايجوز للطالب التحدى بأن قواعد العدالة لاتسوغ أن يكون معاشه أقل من معاش من كانوا يلونه فى الأقدمية وبلغوا سن التقاعد بعد أول أكتوبر ١٩٧٥ ، ذلك أن القاضى وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى لايحكم بمقتضى قواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشريعى أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقه .

الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٣٠ من يناير سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٣٥٠ »

(١) قرار إدارى . جمارك . قانون .

اللوائح - المتممة للقوانين - قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها فى حق الإدارة من تاريخ صدورها ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج بها فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر . مثال بشأن قرار مدير عام الجمارك رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) جمارك . قرار تفسيرى .

قرار مدير الجمارك رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ . تحديده نسبة التسامح عن النقص الجزئى فى البضاعة بواقع ٥٪ من البضائع المنفرطة أو من مشمول الطرد . وجوب احتساب هذه النسبة من مجموع وزن البضاعة . التفسير الصادر من مدير الجمارك باحتساب نسبة التسامح من مشمول كل طرد على حدة . مخالف للقانون وخارج عن حدود التفويض .

١ - اللوائح - المتممة للقوانين - التى تصدرها جهة الإدارة بتفويض المشرع تعتبر من قبيل القرارات الإدارية ، وإذا كان الأصل فى القرارات الإدارية التنظيمية أنه لايحتج بها فى مواجهة الأفراد إلا

من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها ، إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانوناً بالنسبة لجهة الإدارة ويفترض علمها بها من تاريخ صدورها فتسرى فى مواجهتها منذ هذا التاريخ ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية ولايقبل منها التحدى بعدم نفاذها فى حقها إلا بنشرها . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ - الذى أصدره مدير عام مصلحة الجمارك فى ١٨ / ٧ / ١٩٦٣ بناء على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح التى أوجبت المادة ٣٧ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على مصلحة الجمارك احتسابها فى حالات معينة ، نافذا فى حق مصلحة الجمارك من تاريخ صدوره وطبق أحكامه على الرسالة موضوع النزاع التى وردت فى ٥ / ٣ / ١٩٦٥ فإنه لا يكون قد خالف القانون .

٢ - مفاد نصوص المواد ٣٧ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والمادتين الأولى والثانية من القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الصادر من مدير عام الجمارك أن الشارع نص على مسئولية الشركة الناقلة عن كل نقص فى البضائع عن الثابت فى قائمة الشحن بشبهة تهريبها إلى داخل البلاد وأباح للشركات الناقلة نفى هذه الشبهة بتقديم الدليل المبرر لهذا النقص واعتبر تسليم الطرود بحالة ظاهرية سليمة مبرراً لرفع المسئولية عن الشركة الناقلة لترجيح حدوث النقص قبل الشحن ثم منح هذه الشركات نسبة تسامح فوض المدير العام للجمارك فى تحديد مقدارها فحددها هذا الأخير بالقرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ بواقع ٥٪ من البضائع المفرطة أو من مشمول الطرد ، وكان نص المادة ٣٧ المشار إليها ورد مطلقاً بشأن نسبة التسامح فى البضائع المنفرطة وكذلك النقص الجزئى الناشئ عن عوامل طبيعية أو نتيجة لضعف الغلافات وانسياب محتوياتها ، بما مفاده وجوب احتساب هذه النسبة من مجموع وزن البضاعة سواء وزنت منفرطة أو فى طرود حيث

جاء هذا النصُّ خالياً مما يدل على أن المشرع قصد المغايرة فى الحكم بين البضائع المنفرطة والبضائع التى ترد فى طرود وإنما ورد النص عاما فى إسناد نسبة التسامح إلى مجموع البضاعة فى الحالين لا إلى كل طرد منها على حدة فى حالة النقص الجزئى . وإذ كان ذلك وكان التفويض الصادر لمدير عام مصلحة الجمارك بمقتضى المادة ٣٧ / ٢ بتحديد نسبة التسامح فى البضائع المنفرطة وكذلك النقص الجزئى فى البضاعة مقصوراً على تحديد قدر هذه النسبة دون الترخيص فى إسنادها إلى البضاعة أو إلى كل طرد منها على حدة حيث تكفل الشارع بهذا الإسناد فى ذات النص فإن المنشور رقم ٤٤٠ لسنة ١٩٦٤ الذى أصدره مدير عام الجمارك ونص فيه على أن تفسير القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ يوجب احتساب نسبة التسامح من مشمول كل طرد على حدة يكون قد خالف القانون وخرج على حدود التفويض مما يتعين معه الالتفات عنه . وإذ كان الحكمان - المطعون فيهما - قد التزما هذا النظر فى قضائهما وانتهيا إلى احتساب نسبة التسامح من مشمول الطرود فإنهما يكونان قد التزما صحيح القانون .

الطعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢٨ من يونية سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٥٩٩ »

نقض « ايداع الصحيفة » . قانون . بطلان .

إيداع صحيفة الطعن بالنقض فى تاريخ العمل بالقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ . عدم إيداع الطاعن صورة من الحكم المطعون فيه عند تقديم الصحيفة طبقاً للقانون المذكور . أثره بطلان الطعن طالما لم يقدم ماينفى توزيع الجريدة الرسمية فى تاريخ نشر القانون . تراخى منشور وزارة العدل بتبليغ القانون إلى المحاكم . لا أثر له .

مفاد المادة ١٨٨ من الدستور الصادر فى سنة ١٩٧١ أنه يجب العمل بالقوانين بعد مضى شهر يبدأ من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، مالم يحدد القانون نفسه ميعاداً آخر أقصر أو أطول من ذلك لكى يصير نافذاً ،

وقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر فى ٢٦ / ٣ / ٧٣ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى ٥ / ٤ / ١٩٧٣ إجراءات الطعن ووجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ، ومن بينها وجوب أن يودع الطاعن صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله والصورة المعلنة منه وقت تقديم الصحيفة وإلا حكم ببطلان الطعن على خلاف ماكان متبعاً قبله من ضم الملفين الابتدائى والاستئنافى بجميع مفرداتها ، فيغنى هذا الضم بذاته عن تقديم صورة من حكم محكمة أول درجة أو الحكم المطعون فيه ، وتقضى المادة الثالثة من هذا القانون بالعمل به من تاريخ نشره ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الطاعنين قد رفعوا الطعن فى ٥ / ٥ / ١٩٧٣ فى ظل انطباق النص المعدل ولم يقدموا وقت تقديم صحيفة الطعن صورة من الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلاً . لا يغير من هذا النظر ماذهب اليه محامى الطاعنين بالجلسة من أنه لم يك يعلم بالتعديل السالف ، وأنه استحال عليه ذلك تبعاً لتقديمه صحيفة الطعن فى ٥ /٤ / ١٩٧٣ لدى قلم كتاب محكمة استئناف المنصورة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وهو ذات اليوم الذى نشر فيه القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بالجريدة الرسمية ، ذلك لأنه وإن كان افتراض علم الكافة بالاجراءات التى أوجبها ذلك القانون مرهوناً بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض ، ولئن كان المقصود بالنشر ليس مجرد إدراج التشريع بالجريدة الرسمية أى طبعه فيها ولكن توزيعه بعد ذلك اعتباراً بأن التوزيع هو الذى يبيح لجمهرة المواطنين فرصة معرفة القانون ومن ثم يسوغ القول بافتراض علمهم به إلا أنه لما كانت هذه المحكمة قد طلبت من الطاعنين تقديم الدليل على أن عدد الجريدة الرسمية الذى نشر فيه ذلك القانون لم يصر توزيعه فعلاً فى يوم نشره ، وكانت الشهادة التى تذرعوا بها صادرة من محكمة استئناف المنصورة وورد بها أن منشور وزارة العدل بالتبليغ عن صدور القانون لم يرد للمحكمة إلا فى ١٤ / ٤ / ١٩٧٣ فإن هذه

الشهادة غير كافية بذاتها للتدليل على أن القانون المشار إليه لم يصادف توزيعه فعلاً ذات يوم نشره بالجريدة الرسمية ويكون قول الطاعنين فى هذا الشأن مرسلاً لايدحض افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها .

الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ١٦ من فبراير سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٥٠٢ »

(١ ، ٢) قرار إدارى ، اختصاص « اختصاص ولائى » .

(١) القرار الإدارى الذى لا تختص جهة القضاء العادى بإلغائه أو تأويله أو تعديله . ماهيته .

(٢) قرار المحافظ بإلقاء المياه والمخلفات بأحد المصارف . مخالفته لقانون الرى والصرف ٧٤ لسنة ١٩٧١ . أثره . تجرده من صفته الإدارية بما يسقط عنه حصانته . اختصاص القضاء العادى بحماية الأفراد .

١ - القرار الإدارى الذى لا تختص جهة القضاء العادى بإلغائه أو تأويله أو تعديله - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو ذلك القرار الذى تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة ، بمقتضى القوانين وذلك بقصد إحداث مركز قانونى معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه مصلحة عامة .

٢ - إذ كان قرار المحافظ يقضى بإلقاء مياه بيارات المطاعم والمقاهى والمياه المخلفة عن الرشح والأمطار وانفجار المواسير بما تحتويه من مخلفات فى المصرف موضوع النزاع ، وكان هذا القرار مخالفا لما نصت عليه المادة ٦٩ من قانون الصرف والرى رقم ٧٤ لسنة ٧١ من حظر القيام بإلقاء جثة حيوان أو أية مادة أخرى مضرة بالصحة أو ذات رائحة كريهة فى أى مجرى معد للرى أو الصرف ، ولما قضت به المادة ٧٥ من ذات القانون من معاقبة من يخالف ذلك بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على ثلاثين جنيها ، فإنه بذلك يكون قد صدر من شخص لا سلطة له إطلاقا فى إصداره ومشوبا بمخالفة صارخة

للقانون بما يجرده من صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ، ويكون من حق القضاء العادى أن يتدخل لحماية مصالح الأفراد مما قد يترتب عليه ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعن بصفته بالامتناع عن استعمال المصرف موضوع النزاع مقليا ومستودعا للمواد البرازية وبعدم إلقاء القاذورات ومياه الكسح به لم يخالف أحكام الاختصاص الولائى أو مبدأ الفصل بين السلطات .

الطعن رقم ٦٦٢ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢٢ من فبراير سنة ١٩٨٧ « س ٢٩ ص ٥٤٥ »

(١) اختصاص « الاختصاص الولائى » . قرار إدارى .

القرار الإدارى . طلب إلغائه أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه ، خروجه من الاختصاص الولائى للمحاكم العادية . وجوب التزامها بآثاره دون تأويله ولو عرض النزاع بشأنه بصفة تبعية لنزاع مما تختص به المحاكم .

(٢) تقادم « التقادم المسقط » . رسوم . شهر عقارى .

تقادم الحق فى استرداد صاحب الشأن لرسوم الشهر العقارى . بدؤه من تاريخ استحالة إجراء الشهر .

١ - تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها طبقا للبندين الخامس والعاشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون ٤٧ سنة ١٩٧٢ والمقابلين للمادتين ٨ / ٦ ، ٩ من القانون ١٦٥ سنة ١٩٥٥ بالفصل فى الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية وبطلبات التعويض عن هذه القرارات سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية ، وطبقا للمادة ١٥ من القانون ٤٦ سنة ١٩٧٢ الخاص بالسلطة القضائية تخرج المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة من ولاية المحاكم ويكون لها طبقا للمادة ١٧ من هذا القانون - دون أن تؤول الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أن تفصل

فى المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك ، ومؤدى هذه النصوص خروج القرارات الإدارية من اختصاص المحاكم أيا كان الطلب أو النزاع المتعلق بالقرار الإدارى سواء بإلغائه أو بوقف تنفيذه أو بطلب تعويض عما أصاب الأفراد من ضرر ناشئ عنه ، وليس للمحاكم منذ العمل بقانون مجلس الدولة ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ أى اختصاص بالطلبات المتعلقة بالقرارات الإدارية ولو عرض هذا النزاع بصفة تبعية لنزاع مما تختص المحاكم به ، كما لا تختص عند الفصل فى المنازعات المدنية والتجارية البحتة التى تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بتأويل الأمر الإدارى ، وليس لها أن توقف تنفيذه أو تتجاهله ولا تلتزم آثاره . وإذ كان البين من أسباب الحكم أنه قد تعرض بالتأويل ووقف التنفيذ للقرار الإدارى السلبى الصادر من اللجنة العليا للإصلاح الزراعى بعدم التصديق على قرار اللجنة القضائية الصادر فى الاعتراض - المقام أمامها - وقضت بأنه غير مستند لصحيح حكم القانون ، كما تعرض لقرار وزير الإصلاح الزراعى المشهر بتاريخ ٢ / ٧ / ١٩٥٩ وما ترتب عليه من التأشير على هامش سند ملكية الشركة البائعة بزوال تلك الملكية وقرر أن هذا القرار نجم عن تطبيق خاطىء لهذا القانون من جانب الإصلاح الزراعى ولم يلتزم آثاره ومن ثم يكون قد تجاوز الولاية المحددة للمحاكم فيما ينشأ بين الأفراد وجهة الإدارة من منازعات وهى ولاية متعلقة بالنظام العام يجوز لأى خصم أن يتمسك بمخالفتها ولو لم يكن هو ذات جهة الإدارة التى عرض الحكم لقرارها بالتأويل وعدم التنفيذ ، فإنه يتعين نقضه .

٢ - متى كان موضوع الطعن صالحا للفصل فيه ، وكان قرار وزير الإصلاح الزراعى الصادر بإلغاء عقد تمليك الشركة البائعة للمطعون ضده قد تم شهره بتاريخ ٢٠ / ٧ / ١٩٥٩ فإن شهر محرر المطعون

ضده يكون قد استحال من هذا التاريخ ومنه يبدأ تقادم حق المطعون ضده فى استرداد الرسم . وإذ كان المطعون ضده لم يطالب مصلحة الشهر العقارى باسترداد الرسم إلا بتاريخ ٢٦ / ١٢ / ١٩٦٤ فإنه يكون قد سقط بالتقادم طبقا لنص المادة ٣٧٧ / ٢ من القانون المدنى .

الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٩ من فبراير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٤٢٢ »

(١ ، ٢) إثبات « الكتابة » . عرف .

(١) اعتبار الورقة رسمية . مناطه . م٣٩٠ مدنى المقابلة للمادة ١٠ إثبات . الأوراق الصادرة من موظفى البعثات الدبلوماسية والسفارات الأجنبية . لا تعد أوراقا رسمية .

(٢) عدم خضوع الممثل الأجنبى للقضاء الإقليمى . مؤداه . عدم التزامه بأداء الشهادة أمام المحاكم الإقليمية . وجوب معاونته للسلطات الإقليمية طبقا للعرف الدولى . حقه فى اختيار الوسيلة المناسبة للإدلاء بمعلوماته .

(٣ ، ٤) إيجار « إيجار الأماكن » . ضرائب .

(٣) تخفيض القيمة المتعاقد عليها طبقا للقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . وجوب احتساب ربط العوائد والإعفاءات منها على أساس الأجرة بعد التخفيض . مؤدى ذلك . سقوط الربط السابق بأثر رجعى .

(٤) الأجرة الاتفاقية الخاضعة للتخفيض الوارد بالقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . اختلافها من عقد لآخر . عدم جواز التحدى بتماثل الأماكن أو الإخلال بالمساواة بين المستأجرين .

١ - إذ كان مناط رسمية الورقة وفق المادة ٣٩٠ من القانون المدنى المقابلة للمادة ١٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن يكون محررها موظفا عموميا أو مكلفا بخدمة عامة مختصا بمقتضى وظيفته بتحريرها وإعطائها الصيغة الرسمية ، ويقصد بها فى هذا الخصوص كل شخص تعينه الدولة المصرية لإجراء عمل من الأعمال

المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها آجرته على ذلك أو لم تؤجره ، فإن رجال البعثات الدبلوماسية وموظفى السفارات الأجنبية لا يعدون من قبيل الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عمومية فى معنى المادة المشار إليها ، ولا تعتبر المحررات التى يصدرونها من الأوراق الرسمية ، وبالتالى فلا محل للجدل حول ما إذا كان الملحق العسكرى أو سواه هو الموقع على الشهادة الصادرة من السفارة التى استند إليها الحكم أو أنها لا تندرج ضمن أعمال وظيفته .

٢ - الأصل فى الميزة أو الحصانة التى يتمتع بها المبعوث الدبلوماسى أنها ضرورة يقتضيها قيامه بمهام وظيفته فى جو من الطمأنينة بعيد عن المؤثرات فى الدولة المعتمد إليها ، ولئن كان يستتبع إعفاء الممثل الدبلوماسى من الخضوع للقضاء الإقليمى فى الدولة الأخيرة عدم التزامه بالإدلاء بمعلوماته كشاهد أمام هذا القضاء فى أية دعوى جنائية أو مدنية ، بحيث لا يجوز إكراهه على أدائها أو إجباره على المثول أمام السلطات المحلية المختصة إلا أن قواعد العرف الدولى تقتضيه معاونة هذه السلطات فى أداء واجبها متى كان إدلاؤه بمعلوماته ليس فيه مساس بعمله أو بدولته فتكون له حرية اختيار الطريقة التى يراها أكثر ملاءمة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على موافقة الجهة التى يتبعها ، ولا يعد ذلك منه تنازلا عن الحصانة القضائية ، لما كان ما تقدم وكان البين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه أنه استخلص بما له من سلطة موضوعية فى تقدير الدليل من إقرار الطاعن فى شكوى إدارية مقدمة ومن قوله ذاته فى محضر الجلسة بسبق حصول التأجير إلى الملحق العسكرى بسفارة الجزائر ومن الأجرة المدونة بالشهادة الصادرة من تلك السفارة أنها القيمة الإيجارية المتفق عليها دون أن يعتبرها محررا رسميا ، وكان الحكم المطعون فيه قد أضاف إلى ذلك أنه يكفى أن تكون الشهادة سالفة الذكر صادرة من السفارة دون استلزام لتوقيعها من الملحق العسكرى ذاته ، وأن الحصانة الدبلوماسية لا تهدر من قيمة هذه الشهادة ، فإن ذلك لا مخالفة فيه للقانون .

٣ – إذ كان الحكم المطعون فيه قضى بتخفيض الأجرة المتعاقد عليها بنسبة ٣٥ ٪ بالتطبيق للمادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، وكانت الأجرة المخفضة تعد بديلة عن القيمة الإيجارية المحددة بمعرفة لجان التقدير وفق القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ويعمل بها بأثر رجعي من وقت التعاقد ، وكانت الأماكن الخاضعة لهذا التقدير لا يتم ربط الضريبة عليها إلا على أساس تقدير أجرتها تقديرا نهائيا ، بما يتعين معه سقوط الربط السابق وما تم من وفاء على أساسه اعتبارا بأنه ربط قام على أساس قيمة إيجارية سقطت بأثر رجعي وإجراء ربط جديد على أساس القيمة الإيجارية التى أحلها القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ فى مادته الثانية محلها بأثر رجعي ، فإنه لا مجال فى هذا النطاق للتذرع بأحكام القرار التفسيرى رقم ١ لسنة ١٩٦١ لأحكام القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه بسبب النعي . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واعتبر أن القيمة الإيجارية المتعاقد عليها هى مبلغ ٢٧ جنيها وأجرى تخفيضها بنسبة ٣٥ ٪ وفق القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ ثم أجرى عليها أحكام القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٦١ لتصبح مبلغ ١٥ جنيها و ٦١٠ مليمات منذ بدء التعاقد فإن النعي عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس .

٤ – إذ كان القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ قد اتخذ من الأجرة التعاقدية وفقا لإرادة المتعاقدين أساسا يجرى عليه التخفيض ، وكانت هذه الأجرة الاتفاقية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تختلف بهذه المثابة من عقد لآخر دون نظر إلى ما قد يكون بين وحدات العقار الواحد من تماثل أو اختلاف فى الميزات التى تتمتع بها كل وحدة ، فإنه لا وجه لما يثيره الطاعن من أن تطبيق ذلك القانون على الشقة موضوع النزاع من شأنه أن يخل بالمساواة بين المستأجرين فى ذات العقار قولا منه إنها تفوق الطابقين الآخرين موقعا وصقعا .

الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٥١١ »

(١) التزام « الإرادة المنفردة » . عقد . محاماة « أتعاب المحامى » .

الوعد بالجائزة . أركانه . م ١٦٢ مدنى . توجيه الوعد لشخص معين لا يعد وعدا بجائزة . مثال بشأن الاتفاق على أتعاب المحامى .

(٢) عرف . قانون .

وجود نص تشريعي . أثره . عدم جواز التحدى بالعرف .

(٣) محاماة « أتعاب المحامى » . محكمة الموضوع . وكالة . التزام .

عناصر تقدير أتعاب المحامى المبينة بالمادة ٤٤ ق ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . ليست واردة على سبيل الحصر . لمحكمة الموضوع عند تقديرها للأتعاب إضافة عناصر أخرى كالمنفعة التى عادت على الموكل . التزام الوكيل بأجر . التزام ببذل عناية ، جواز الاتفاق على أن يكون التزاما بتحقيق غاية . عند كسب الدعوى .

(٤) نقض « السبب المجهل » محاماة . حكم « القصور » .

عدم بيان الطاعن أوجه التناقض بين أحكام قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وميثاق العمل الوطني وما أغفل الحكم الرد عليه . نعي مجهل غير مقبول . عدم كفاية الإحالة فى ذلك إلى المذكرة المقدمة بالملف الابتدائى .

(٥) فوائد . التزام . محاماة « أتعاب المحامى » . قانون . « سريانه من حيث الزمان » .

سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية . شرطه . أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . المقصود بذلك . ألا يكون للقضاء سلطة فى تقديره . مثال بشأن أتعاب المحامى . بطلان الاتفاق على استحقاق المحامى نسبة معينة مما يحكم به فى الدعوى . قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . وجوب تقدير القاضى للأتعاب .

١ – الوعد بالجائزة على ما تشترطه المادة ١٦٢ من القانون المدنى ، يقوم أساسا على توافر أركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعدا بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب فلابد أن يقترن بها القبول وتصبح عقدا لا إرادة منفردة ، وإذ كان الإقرار موضوع النزاع لا يعدو أن يكون اتفاقا بين الطاعن وموكليه على قدر الأتعاب المستحقة له فإن شروط المادة ١٦٢ سالفة الذكر تكون قد تخلفت ويكون الحكم فيما انتهى إليه قد صادف صحيح القانون .

٢ – النص فى المادة الأولى من القانون المدنى على أن تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها ، فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف مفاده أنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يجوز التحدى بالعرف ، إلا إذا لم يوجد نص تشريعى .

٣ – نصت المادة ٤٤ من قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ – الذى تم توكيل الطاعن فى ظله – على أن يدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى ومن المقرر أن هذه العناصر ليست واردة على سبيل الحصر ومن ثم فليس ما يمنع محكمة الموضوع من أن تدخل فى الاعتبار عند تقديرها الأتعاب إلى جانبها ما تراه من عناصر أخرى مثل ما عاد على الموكل من منفعة مباشرة بسبب جهد المحامى .

٤ – إذ كان الطاعن لم يبين أوجه التناقض بين أحكام القانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وميثاق العمل الوطنى الصادر فى ٢١ / ٥ / ١٩٦٢ والتى يقول إن الحكم المطعون فيه قد أخطأ حين أهمل أثرها فى إلغاء هذا القانون وشابه القصور إذ لم يحصلها وأغفل الرد عليها واكتفى الطاعن بالإحالة فى ذلك إلى ما جاء بالمذكرة المقدمة منه فى الملف الابتدائى دون بيان مضمونها للوقوف على صحة ما يتحدى به ، فإن النعى يكون مجهلا وغير مقبول .

٥ – اشترطت المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان الاتفاق موضوع الدعوى بخصوص ما تضمنه من تحديد الأتعاب بنسبة ٢٥ ٪ وقدر فى حدود سلطته الموضوعية أتعاب الطاعن – محام – بمبلغ ٣٢٥ جنيها ثم اعتبر هذه الأتعاب غير معينة المقدار وقت الطلب ورتب على ذلك أن الفوائد المستحقة عن المبلغ المحكوم به لا تسرى إلا من تاريخ صدور الحكم ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ١٦ من مايو سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٢١٤ »

(١ و ٢) عقد . تنفيذ العقد . التزام .

(١) تنفيذ الإلتزام . وجوب الرجوع إلى ما ورد فى العقد دون نقص أو زيادة إلا أن يكون من مستلزمات التنفيذ .

(٢) استخلاص حسن النية فى تنفيذ العقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

(٣) عرف . نقض « السبب الجديد » .

التمسك بقيام عرف معين . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٤) بيع . شركات « شركات القطاع العام » .

حظر الاستيراد من الخارج على القطاع الخاص . ق ٩٥ لسنة ١٩٦٣ . يمكن للمتعاقد الاستعانة فى تدبير الكمية المتعاقد على توريدها بإحدى الشركات المصرح لها بالاستيراد .

١ – مفاد نص المادتين ١٤٧ ، ١٤٨ من التقنين المدنى أن العقد لا

ينشئ حقا ولا يولد التزاما لم يرد بشأنه نص فيه والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد فى العقد دون نقص أو زيادة إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ .

٢ – تفسير العقد طبقا لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية ، وحسن النية من مسائل الواقع التى تخضع لسلطان محكمة الموضوع .

٣ – لما كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى على قيام الجهات الإدارية بمثل التسهيلات الواردة بسببى النعى عار من الدليل لعدم تقديمه دليلا على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبير إليه فى تقريره كما لم يرد فى مدونات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة .

٤ – إن القانون رقم ٩٥ سنة ١٩٦٣ وإن حظر الاستيراد من الخارج على القطاع الخاص فإنه لم يحظر عليه الاتجار فيما يستورده من السلع إن توفرت فى السوق المحلى فإن لم توجد فإنه يمكنه الاستعانة فى تدبير الكمية المتعاقد على توريدها بواسطة إحدى الشركات المصرح لها بالاستيراد .

الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٤ يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٤٨ »

أهلية . تقادم . « وقف التقادم » . ملكية . قانون .

سريان التقادم المكسب فى حق القاصر فى القانون الحالى متى كان للقاصر نائب يمثله . حكم مستحدث ليس له أثر رجعى .

مفاد نص المادة ٨٤ من القانون المدنى السابق – الذى بدأ التقادم فى ظله – والمادة ٩٧٤ من القانون المدنى القائم ، والفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ من هذا القانون الواردة فى شأن التقادم المسقط والتى تسرى على التقادم المكسب طبقا للمادة ٩٧٣ من القانون المذكور ،

مفاد هذه النصوص أن القانون المدنى السابق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، قد وضع قاعدة عامة تقضى بأن التقادم المكسب للملكية بنوعيه لا يسرى فى حق القاصر وتقف المدة بالنسبة إليه حتى يبلغ سن الرشد ولو كان له من يمثله قانونا ، أما القانون المدنى القائم فإنه يقضى بأن التقادم المكسب أيا كانت مدته يسرى فى حق القاصر إذا كان له نائب يمثله وهو حكم استحدثه المشرع مراعيا فيه أن وجود النائب ينتفى معه المانع الذى يدعو إلى وقف التقادم ، فإذا لم يكن للقاصر نائب يمثله فإن التقادم لا يسرى فى حقه لأنه فى هذه الحالة يقوم المانع الذى تتعذر معه المطالبة بالحق وهذا الحكم المستحدث ليس له أثر رجعى وإنما يسرى من وقت العمل بالقانون المدنى القائم فى ١٥ / ١٠ / ١٩٤٩ وفقا لما تنص عليه المادة السابعة من هذا القانون . ولما كان الطاعن الأول قد تحدى بأنه كان قاصرا عند شراء الماكينة « ماكينة الطحين والرى » محل النزاع فى سنة ١٩٣١ وأنه لم يبلغ سن الرشد إلا فى سنة ١٩٤٤ ، وقضى الحكم المطعون فيه بأن المطعون عليه الأول قد تملك نصيب الطاعن المذكور فى الماكينة بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة دون أن يعنى بمناقشة هذا الدفاع الجوهرى وبيان أثره على اكتمال مدة التقادم ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب .

الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٧٥٠ »

(١) دعوى . إيجار « إيجار الأماكن » .

الدفاع فى الدعوى . العبرة بحقيقته ومرماه دون التسمية التى يطلقها عليه الخصوم . مثال فى إيجار من الباطن .

(٢) قانون . قرار إدارى . إيجار « إيجار الأماكن » .

القانون بمعناه العام . المقصود به القرارات واللوائح . بدء سريانها . القرارات الوزارية بشأن الإباحة للمستأجر بتأجير وحدات مفروشة لأغراض

السياحة وغيرها . سريانها على العقود التى تبرم فى ظلها أو السارية وقت العمل بها .

(٣) إيجار « إيجار الأماكن »

الإباحة للمستأجر بالتأجير مفروشا لأغراض السياحة وغيرها . م ٢٦ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . قصره على مناطق معينة بالنسبة للسائحين . تقييده بالنسبة للطلبة بتلقى العلم داخل الجمهورية بعيدا عن موطن الأسرة .

١ - إذ كانت محكمة الموضوع لا تملك تغيير سبب الدعوى فى المواد المدنية ، وكان البين من المذكرة المقدمة من المطعون عليه الأول أمام محكمة أول درجة أنه تمسك بحقه فى التأجير مفروشا للمطعون عليهما الثانى والثالث بصفتهما من السائحين الأجانب ومن الطلبة وأنه عرض على الطاعن زيادة الأجرة بمعدل السبعين فى المائة وأطلق على دفاعه حق الاستضافة ، وكان هذا الدفاع تواجهه الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وقرار وزير الإسكان والمرافق رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ ، وكان المقرر أن الاستئناف ينقل الدعوى بالحالة التى كانت عليها أمام محكمة أول درجة بما اشتملت عليه من دفاع ودفوع إلى محكمة الاستئناف التى عليها أن تتصدى للنزاع بقضاء مسبب يستوعب عناصره القانونية والواقعية على سواء فإن الحكم المطعون فيه إذ ناقش حق المطعون عليه الأول فى التأجير مفروشا للسائحين الأجانب والطلبة لا يكون قد ابتدع دفاعا لم يتمسك به الخصوم أو تجاوز بمقتضاه نطاق الدعوى . لا يغير من ذلك عدم إضفاء الوصف الصحيح على الدفاع الذى ساقه المطعون عليه الأول إذ العبرة هى بحقيقة الدفاع ومرماه وليس بالتسمية التى يطلقها عليه الخصوم .

٢ - إذ كان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أنه من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل فى هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة

التشريعية أو من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها ، وهو ما يطلق عليه اللائحة أو القرار ، فإنه لا تسرى أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعى . لما كان ما تقدم وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين والمعمول به اعتبارا من ١٨ / ٨ / ١٩٦٩ نظم فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٦ منه حالات تأجير الأماكن المفروشة بالنسبة للمالك والمستأجر ، وأجازت الفقرة الثالثة منها استثناء لوزير الإسكان بقرار يصدره بعد أخذ رأى الوزير المختص وضع القواعد المنظمة لتأجير وحدات سكنية مفروشة لأغراض السياحة وغيرها من الأغراض ، ثم صدر القرار الوزارى رقم ٣٣٣ لسنة ١٩٧٠ فى ٣١ / ٥ / ١٩٧٠ الذى لم ينفذ وحل محله القرارات الوزاريان رقما ٤٨٦ و ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ فى ١٧ / ٨ / ١٩٧٠ نفاذا لهذه الفقرة ، فإن هذين القرارين الوزاريين لا يطبقان إلا على العقود التى تبرم فى ظلهما بعد صدورهما أو على العقود التى تكون سارية فعلا عند العمل بهما طبقا للأثر المباشر للتشريع . لما كان ما سلف وكان واقع الدعوى على ما يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول أجر شقة النزاع مفروشة من باطنه بغير إذن من المالك إلى المطعون عليهم الآخرين اعتبارا من أول يوليو ١٩٧٠ قبل العمل بالقرار الوزارى رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر فى ١٨ أغسطس ١٩٧٠ واستمرت الإجارة بعد ذلك التاريخ حتى آخر أغسطس ١٩٧٠ فإن واقعة التأجير من الباطن تخضع لأحكام ذلك القرار عملا بالأثر المباشر له .

٣ - مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ، والمادة الأولى من قرار وزير الإسكان والمرافق رقم

٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ المعدل بالقرار رقم ٦٦٢ لسنة ١٩٧٠ بشأن القواعد المنظمة لتأجير وحدات سكنية مفروشة ، والكشف المرافق لقرار وزير الإسكان رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ أن المشرع أجاز التأجير مفروشا تحقيقا لأغراض معينة استهدفها وبين على سبيل الحصر الأحوال التى يجوز فيها هذا التأجير كما حدد المناطق التى أباحه فيها بالنظر لاعتبارات متعلقة بكل حالة على حدتها ، فقصر التأجير للسائحين الأجانب على أقسام معينة بمدينة القاهرة قدر أنها دون سواها التى تصلح لإقامتهم ، كما أباح التأجير لسكنى الطلبة فى جميع مناطق هذه المدينة بقصد تسهيل إقامتهم فترة تحصيلهم العلم داخل الجمهورية وشرط لذلك أن تكون المعاهد التى يلحق بها الطلبة بعيدة عن المدن التى يقيم فيها أسرهم بما مفاده عدم انطباق أحكام القرار على الطلبة الذين يتلقون العلم خارج « جمهورية مصر العربية » إذ تفتقد فيهم صفة الطلبة بالمعنى المراد منه ، فإن الحكم بجمعه بين إضفاء صفة الطلبة والسائحين الأجانب فى وقت واحد على المطعون عليهما الثانى والثالث رغم المغايرة فى الوضع القانونى الذى على أساسه يباح التأجير من الباطن لكل فريق منهما ، ورغم أن قسم السيدة زينب الذى تقع به شقة النزاع من الأماكن التى يجوز فيها التأجير مفروشا للطلبة دون السائحين ، ورغم أن الثابت أن المطعون عليهما المذكورين بإحدى الجامعات الأجنبية لا المصرية فإنه بهذا الجمع يحول بين محكمة النقض وبين مراقبة قضائه إذ لا يستبين منه وجه الرأى الذى أخذت به المحكمة وجعلته أساس قضائها مما يعيبه بالإبهام والغموض المبطلين .

الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٥ يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٥٩ »

تنفيذ عقارى . قانون .

الدعاوى التى فصل فيها . عدم خضوعها لقانون المرافعات الحالى ولو طُعن فيها بالاستئناف فى ظله .

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات القائم على أن « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ... » وتنص الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » . ومؤدى ذلك أن الدعاوى التى تم الفصل فيها والإجراءات التى تمت قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لأحكامه وإنما تسرى عليها أحكام القانون القديم حتى ولو لم يكن الحكم فيها نهائيا وطعن فيه بالاستئناف فى ظل القانون الجديد ، وإذ كان الحكم الإبتدائى قد صدر بتاريخ ٢٤ / ٤ / ١٩٦٨ فى ظل أحكام المادة ٦٤٧ من قانون المرافعات السابق بالاستمرار فى إجراءات التنفيذ ، وتخلت المحكمة عن الفصل فى موضوع الاعتراض على وجود الدين وحقيقة مقداره عملا برخصة التنحى المخولة لها فى المادة المشار إليها وبما لها من سلطة تقديرية فى هذا الاختيار ، فتركت للمحكمة المختصة بدعوى الحساب الفصل فى هذا النزاع ، وكان إيداع قائمة شروط البيع مشتملة على الثمن الأساسى قد تم فى ظل القانون السابق الذى لم يكن يحكم تقدير الثمن باعتبارات محددة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فى هذا الخصوص ، يكون قد أصاب صحيح القانون .

الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٥ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ٢٦ من يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٢٩٦ »

(١ ، ٢ ، ٣) أحوال شخصية « المصريين غير المسلمين » . بطلان .

(١) تغيير الطائفة أو الملة . لا ينتج أثره بمجرد إبداء الرغبة . وجوب

الدخول فيها وإتمام طقوسها ومظاهرها الخارجية الرسمية وقبول طلب الانضمام من الجهة الدينية المختصة .

(٢) سلطة الرئيس الدينى فى التحقق من جدية طلب تغيير الطائفة أو الملة قبل قبوله وإبطاله بعد حصوله . عمل دينى لا قضائى . لا يؤثر فيه صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٣) إبطال الجهة الدينية للانضمام للطائفة أو الملة . سريانه بأثر رجعى متى كان سبب البطلان معاصرا لقرار الانضمام . حقها فى فصل الشخص لسبب لاحق للانضمام . ليس للفصل أثر رجعى .

(٤) أحوال شخصية « المصريين غير المسلمين » محكمة الموضوع . نقض .

(٤) إسباغ الوصف الصحيح على قرار الجهة الدينية بأنه إلغاء للانضمام أو اعتباره فصلا من مسائل القانون . لمحكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع فيما انتهت إليه من تكييف بصدده .

(٥) أحوال شخصية « المصريين غير المسلمين » . حكم « قصور » .

(٥) منازعة الزوج فى قرار الجهة الدينية بإبطال انضمامه للطائفة . وجوب إعمال محكمة الموضوع سلطتها فى مراقبة الأسباب التى حدت إلى إصداره . إغفالها ذلك . قصور .

١ - المستقر - فى قضاء هذه المحكمة - أن تغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة إلا أنه عمل إرادى من جانب الجهة الدينية المختصة ، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وإبداء الرغبة ، ولكن بعد الدخول فيها وإتمام طقوسها ومظاهرها الخارجية الرسمية وقبول طلب الانضمام إلى الطائفة أو الملة الجديدة .

٢ - للرئيس الدينى للملة أو الطائفة التى يرغب الشخص فى الانضمام إليها أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمة ، كما أن له أن يبطل الانضمام بعد قبوله ويعتبره

كأن لم يكن إذا تبين له عدم جديته اعتباراً بأنه يندرج فى صميم الأعمال الدينية ، والباقية للجهات الكنسية ، ولا يعد من قبيل ممارسة أية سلطة قضائية أصبحت هذه الجهات لا تملكها بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

٣ - للجهات الكنسية سلطة البحث فى دوافع وبواعث التغيير بقبول الانضمام إليها بداءة ، كما أن لها سلطة تتبع مدى سلامة الانضمام بعد حصوله ، فلها أن تبطله وتعتبره كأن لم يكن متى استبان لها أن الشخص كان عند انضمامه سيئ النية ولم يستهدف من التغيير إلا التحايل على القانون ، بحيث يكون سبب البطلان معاصرا لقرار الانضمام وليس لاحقا عليه ، فيسرى عندئذ بأثر رجعى ، أما إذا كان حسن النية صادق العقيدة عند انضمامه ثم جدت ظروف أتاحت له الاستفادة من الآثار القانونية التى تخولها إياه أحكام هذا التغيير ، فإن إبطال القرار بالمعنى السالف لا يكون له محل . وإن كان يجوز للجهات الكنسية أن تفصله طالما وجدت فى سلوكه الدينى مالا يروق لها ، والقرار بالفصل لا يكون له فى هذه الحالة أثر رجعى لأن الانضمام يكون تم صحيحا .

٤ - إذ كان البين من الدفاع الذى ساقه الطاعن أمام محكمة الموضوع نعيا على الشهادة الصادرة بإلغاء انضمامه إلى طائفة الروم الأرثوذكس أنها موقعة من غير مختص بإصدارها وأنها فى حقيقتها إسقاط للعضوية أو فصل من الكنيسة وليست إقرارا لحالة البطلان التى شابت قبول الانضمام ، وأنه ليس للجهة الدينية إلغاء الانضمام دون سماع دفاعه ، والقول بأن الشهادة المشار إليها تعتبر قرارا بإلغاء الانضمام أو تعد فصلا من الكنيسة هى مسألة تكييف يقصد بها إسباغ الوصف الصحيح عليها لمعرفة ما إذا كان لها من أثر رجعى أو لا يترتب عليها هذا الأثر ، وهى من مسائل القانون التى يخضع قضاء الموضوع بصددها لرقابة محكمة النقض .

٥ - لقاضى الموضوع الحق فى مراقبة الأسباب التى حدت بالجهة الدينية إلى إلغاء قرار الانضمام - أيا كان الوصف الذى تطلقه عليه - للتحقق من أنه صدرفى نطاقه ولم يخرج عنه واستهدف الحيلولة دون التحايل على القانون وحتى لا يمثل الإلغاء قيدا على مبدأ حرية العقيدة والمساس به ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه وقف عند حد تقرير سلطة الرئيس الدينى فى سلامة إلغاء انضمامه وقيامه على أسباب مسوغة ، فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون قد أغفل دفاعا جوهريا من الجائز أن يترتب عليه تغير وجه الرأى فى الدعوى .

الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٦ إبريل سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٩٣٦ »

(١) حكم . الطعن فى الحكم . استئناف . نظام عام .

قابلية الأحكام للطعن أو عدم قابليتها . تعلقه بالنظام العام .

(٢) قانون . « تفسير » .

حكمة التشريع . عدم جواز اللجوء إليها مع صراحة النصّ .

(٣) نقض « أسباب الطعن » . نظام عام .

التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالأسباب المتعلقة بالنظام العام . شرطه .

١ - قابلية الأحكام للطعن فيها أو عدم قابليتها مسألة متعلقة بالنظام العام تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها .

٢ - إذ كان نص المادة ٢١٢ مرافعات واضحا فلا يسوغ اللجوء فى تفسيره لحكمة التشريع ، لأن هذه الحكمة لا يمكن تطبيقها باعتبارها ليست نصا يطبق ، وإنما هى مجرد وسيلة يهتدى بها فى تفسير النص حال غموضه .

٣ - إنه وإن كان يجوز التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بأى سبب من الأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام ، إلا أنه لما كان ما

أضافه الطاعن بالجلسة منصباً على ما جاء بحكم محكمة أول درجة ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لموضوع تخفيض الأجرة محل النعى ، وإنما قضى بعدم جواز الاستئناف فإن النعى يكون واردا على غير محل .

الطعن رقم ٧٧٠ سنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢ من فبراير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٣٥٩ »

(١ - ٧) نقض . « حالات الطعن » . قانون . « قوة الأمر المقضى » . حكم « تصحيح الأحكام » .

(١) الطعن بالنقض . المقصود به مخاصمة الحكم النهائى . حالاته . بيانها على سبيل الحصر فى المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ مرافعات .

(٢) م ٢٤٩ مرافعات . حالة استثنائية . شرطها . صدور حكم على خلاف حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى .

(٣) الأحكام الصادرة من محكمة النقض . باتة قاطعة . عدم جواز الطعن فيها بدعوى مخالفتها لحكم حائز لقوة الأمر المقضىّ .

(٤) الأخطاء غير المادية . عدم جواز الالتجاء إلى ذات المحكمة لتصحيحها .

(٥) الادعاء بوجود تقصير فى تشريع المرافعات بشأن الطعن فى أحكام محكمة النقض . طلب الطاعن الاستهداء بالمصادر الأخرى للتشريع المشار إليها فى المادة الأولى من التقنين المدنى . لا محل له . علة ذلك .

(٦) أحكام محكمة النقض بمنأى عن أى طعن . الاستثناء . قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها . ما جرت عليه الدائرة الجنائية بها . لا يجوز مباشرته فى الدائرة المدنية . علة ذلك .

(٧) الطعن فى الحكم الصادر من محكمة النقض بدعوى تضمنه عدولا عن مبادئ قانونية سابقة . لا يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية التى يجوز بسببها الطعن فى الحكم .

١ - الطعن بالنقض طريق غير عادى لم يجزه القانون للطعن فى الأحكام الانتهائية إلا فى أحوال بينها بيان حصر فى المادتين ٢٤٨ ،

٢٤٩ من قانون المرافعات . وترجع كلها إما إلى مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله ، أو إلى وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فيه ، ويقصد به فى واقع الأمر مخاصمة الحكم النهائى الذى يطعن عليه بهذا الطريق ، فيتعين أن يلجأ بصدده إلى محكمة مغايرة لتلك التى أصدرته على أن تكون أعلى منها ، حددها المشرع أنها محكمة النقض التى تعتبر قمة السلطة القضائية فى سلم ترتيب المحاكم .

٢ – قصرت المادة ٢٤٧ من قانون المرافعات الطعن بالنقض أصلا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى الأحوال التى بينتها ، وما قررته المادة ٢٤٩ من ذات القانون من إجازة الطعن بالنقض استثناء فى أى حكم انتهائى – أيا كانت المحكمة التى أصدرته – فصل فى نزاع سابق خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضىّ يندرج ضمن مخالفة القانون باعتباره مخالفة للقاعدة القانونية المنصوص عليها فى المادة ١٠١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ويقصد بها الأحكام الحائزة قوة الأمر المقضى وهى مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح أثره الملزم نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير عادى .

٣ – الأحكام التى تصدرها محكمة النقض لا تعد من الأحكام التى تعنيها المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات – اعتبارا – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن محكمة النقض هى خاتمة المطاف وأن أحكامها باتة قاطعة لا تقبل الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ، يؤيد ذلك النظر أن المشرع نص فى المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات على أن للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية – أيا كانت المحكمة التى أصدرتها ... « وهى ذات العبارة التى يستند إليها الطاعن فى المادة ٢٤٩ آنفة الذكر – مع أن المادة ٢٥٠ استحدثت نظام الطعن لمصلحة القانون

دون أن يفيد منها الخصوم لمواجهة صعوبات تعرض فى العمل وتؤدى إلى تعارض أحكام القضاء فى المسائل القانونية الواحدة ، وأريد بها أن تعرض هذه المسائل على محكمة النقض لتقول فيها كلمتها فتضع حدا لتضارب الأحكام ، ولا يتصور بمقتضاها الطعن فى أحكام محكمة النقض بالذات ، لما كان ذلك وكان النص فى المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات على أنه « لا يجوز الطعن فى أحكام محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن » إنما جاء تعبيرا عن هذا المعنى ، وعُنى المشرع بإبرازه فى كافة القوانين التى صاحبت إنشاء محكمة النقض ، وكانت هذه المادة بعمومها وإطلاقها تنصب على كافة الأحكام التى تصدرها محكمة النقض ، وتختلف فى نطاقها ومجالها وموضوعها عن الأحكام المشار إليها فى المادة ٢٤٩ مرافعات ، وكان نصها بهذه المثابة باقيا على عمومه لم يدخله التخصيص ، بل وأطلق عن قرينة تمنع من إرادة تخصيصه ، فإن ما يتذرع به الطاعن من إجازة الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة النقض بدعوى مخالفتها لحكم نهائى حائز قوة الأمر المقضى ينطوى على مجاوزة لمراد الشارع .

٤ – إذ كان الأصل ألا سبيل إلى إلغاء أحكام القضاء ، أو تعديلها إلا بسلوك طرق الطعن المقررة فى القانون ، وكانت المادة ١٩١ من قانون المرافعات قد أجازت استثناء من هذا الأصل – وللتيسير – الرجوع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم وقصرته على تصحيح ما عساه أن يقع فى منطوق الحكم أو أسبابه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، فإن مفهوم مخالفة هذا النص قاطع فى أن الأخطاء غير المادية لا يجوز الرجوع فى شأنها إلى ذات المحكمة التى أصدرت الحكم ، إذ فيه ابتداع لطريق من طرق الطعن لم يأذن به الشارع أو ينظمه القانون .

٥ – إذ كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائى والمرافعات المدنية وهى المشتملة على الإجراءات والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وكيفية الفصل فى الدعوى وقواعد إصدار الأحكام

والطعن فيها وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ، ولا بالنصوص القانونية المنظمة لها ، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساسا فى مجموعة المرافعات المدنية والتجارية الصادر بها القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والتشريعات المكملة دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى ، فإنه لا محل للمحاجة فى هذا المجال بما تقضى به المادة الأولى من التقنين المدنى من استناد إلى بعض المصادر عند تخلف النص التشريعى ، باعتبار القانون الأخير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التى تبينها وتحدد كيفية نشوئها وطريقة انقضائها ، بينما قانون المرافعات يقرر الوسيلة التى بمقتضاها تؤدى هذه الحقوق ، بحيث تلزم الشكلية كى يطمئن الأفراد إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التى نص عليها القانون ضمانا لسير القضاء ومنعا من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير .

٦ - لم يخول المشرع حق السحب لمحكمة النقض بصريح نص المادة ١٤٧ من قانون المرافعات القائم . والمقابلة للمادة ٣١٤ من قانون المرافعات السابق - إلا فى حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها الذين أصدروا الحكم وأوردت المذكرة الإيضاحية إنه « زيادة فى الاطمئنان والتحوط لسمعة القضاء نص على أنه إذا وقع هذا البطلان فى حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها سحب الحكم وإعادة نظر الطعن وهو استثناء من الأصل العام الذى يجعل أحكام محكمة النقض بمنجى من الطعن » ، مما مفاده أن هذه هى الحالة الوحيدة التى يحق فيها للدائرة المدنية بالمحكمة أن ترجع عن قضائها وتسحب فيها حكمها . ولئن ذهبت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض إلى سحب الأحكام الصادرة منها إذا وقع فيها خطأ مادى بناء على تظلم المحكوم عليه ، فإن القضاء الجنائى يتعلق فى صميمه بالأرواح والحريات وللنيابة العامة دور هام فيها باعتبارها الممثلة للمجتمع ، بخلاف القضاء المدنى الذى تعرض عليه خصومات

مرددة بين الأفراد وتتصل بأموالهم ، ويدعى كل خصم فيها حقا يناهض حق الآخر ، ويوازن القاضى بين دفاع كل منها ويرجح أحدهما ، الأمر الذى يستلزم بطبيعة الحال استقرار المراكز القانونية وعدم قلقها ، فلا تجوز المحاجة بما درجت عليه الدائرة الجنائية للمحكمة فى هذا الخصوص .

٧ - إذ كانت أحكام محكمة النقض - طبقا للمستقر فى قضاء هذه المحكمة - لا يجوز تعييبها بأى وجه من الوجوه ، وهى واجبة الاحترام فيما خلصت إليه أخطأت أم أصابت وكان ما ينعاه الطاعن على الحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ ٧ / ٥ / ١٩٧٤ من أنه تضمن العدول عن مبادئ قانونية قررتها أحكام سابقة دون إحالة على الهيئة العامة خلافا لما يقضى به قانون السلطة القضائية أو أن من حقه طلب سحب الحكم لارتكازه أساسا على بطلان صحيفة الطعن تبعا لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض لا تندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها تحديدا وحصرا فى المادة ١٤٧ من قانون المرافعات فإن الطعن يكون غير مقبول .

الطعن رقم ٧ سنة ٤٢ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ١٩ من يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٢٧٦ »

(١) دعوى « التدخل » . نقض . « الخصوم فى الطعن » .

اطراح محكمة الاستئناف طلب التدخل . مؤداه . عدم اعتبار طالب التدخل خصما فى الدعوى . اختصامه فى الطعن بالنقض . غير مقبول . عدم جواز التدخل لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٢) قانون . نظام عام .

استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبى . مناطه . مخالفتها للنظام العام أو الآداب .

(٣) وصية . نظام عام . أحوال شخصية .

المنع من التصرف . م ٨٢٣ مدنى . شروط صحته . الباعث المشروع والمدة المؤقتة . مثال فى وصية .

(٤) وصية . قانون . نظام عام .

الوصية بالمنافع . جائزة فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى . اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى شأن القدر الجائز الإيصاء به وطريقة الانتفاع وترتيب الموصى لهم . لا مخالفة فى ذلك للنظام العام .

(٥) وقف . وصية . عقد .

الادعاء بأن نية الموصى قد انصرفت إلى إنشاء وقف لا وصية . لا محل له طالما ثبت انتفاء التأبيد للشرط المانع من التصرف .

(٦) وصية . دعوى « المصلحة » .

طلب إبطال الوصية استنادا إلى تعذر تنفيذ الرغبة التالية للموصى بعد وفاة الموصى لها . نعى سابق لأوانه . غير مقبول .

(٧) قانون . إثبات . وصية .

الاستناد إلى قانون أجنبى . مجرد واقعة مادية . على الخصوم إقامة الدليل عليه . مثال بشأن إبطال وصية .

١ – إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأخير طلب قبول تدخله أمام محكمة الاستئناف وإزاء عدم إعلانه طلبه للغائب من الخصوم فقد اطرحته المحكمة ، مما مفاده أنها لم تقبل تدخله ولا يعتبر طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، ولما كان لا يجوز التدخل لأول مرة أمام محكمة النقض كما لا يجوز أمامها اختصام من لم يكن طرفا فى الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية فإن اختصام المطعون عليه السادس يكون غير مقبول .

٢ – المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة .

٣ – المادة ٨٢٣ من القانون المدنى لا تبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة وبناء على باعث مشروع ، وهى الحدود التى أباح المشرع فى نطاقها الخروج على مبدأ حرية تداول الأموال ، وقد استخلص

الحكم – المطعون فيه – من عبارات الوصية وفى استدلال سائغ أن الباعث على حظر التصرف الموقوت بحياة الموصى إليها هو حمايتها وتحقيق مصلحتها بما لا خروج فيه على قواعد النظام العام ، ومن ثم فإن هذا الذى انتهى إليه الحكم لا ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون .

٤ – الوصية بالمنافع جائزة فى الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة ، وتعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون المدنى وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، ولا يدخل فى نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به ، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع .

٥ – إذ كانت محكمة الموضوع قد دللت وبأسباب تكفى لحمل قضائها وفى حدود سلطتها لتقدير الدليل على توافر عناصر الوصية ، وكان ما تدعيه الطاعنة من انصراف نية الموصى إلى إنشاء وقف لا وصية يتنافى مع انتفاء التأبيد ، فإن النعى يكون على غير أساس .

٦ – إذ كان القول بتعذر تنفيذ رغبة الموصى بعلاج فقراء الطائفة اليهودية – فى المستشفى الإسرائيلى بعد أن آلت ملكيتها إلى القوات المسلحة – لا يصادف محلا إلا بعد وفاة الطاعنة والبدء فى تنفيذ الشق الثانى من الوصية ، فإن التذرع بسبب النعى يكون سابقا لأوانه .

٧ – إذ كانت الطاعنة لم تقدم السند الذى يبيح لها طلب إبطال الوصية من نصوص القانون الأسبانى عملا بالمادة ١٧ من القانون المدنى ، وكان الاستناد إلى قانون أجنبى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، فإن النعى لا يكون مقبولا .

الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة أول يونية سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٣٥٤ »

(١ ، ٢ ، ٣) إعلان . موطن . محكمة الموضوع . قانون .

(١) الموطن فى مفهوم المادتين ٤٠ مدنى ؛ ٢٠ من اللائحة الشرعية . المكان الذى اعتاد الشخص الإقامة فيه بصفة مستقرة . التغيب عنه فترات . لا أثر له .

(٢) استقرار الإقامة فى مكان معين مرده نية الشخص . الاستدلال عليها من الظروف المادية . توافر عنصر الاستقرار ونية التوطن . واقع تستقل به محكمة الموضوع .

(٣) اختلاف فكرة الموطن فى القانون الداخلى عنه فى القانون الدولى الخاص . المقصود بالموطن فى القانون الأخير . الأجانب المقيمون فى بلد لا ينتمون بجنسيتهم إليه . جواز اعتباره موطنا لهم .

(٤) أحوال شخصية . أجانب . استئناف .

ميعاد استئناف الأحكام الحضورية فى دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب ١٥ يوما من تاريخ صدورها . امتداده إلى ٦٠ يوما بالنسبة لغير المتوطنين فى مصر .

١ - النص فى المادة ٤٠ من القانون المدنى على أن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ... » يدل على أن المشرع اعتد بالتصوير الواقعى للموطن - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية - استجابة للحاجات العملية واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية التى أفصحت عنها المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فلم يفرق بين الموطن وبين محل الإقامة العادى ، وجعل المعول عليه فى تعيينه الإقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط فى الموطن أن يقيم فيه الشخص وأن تكون إقامته بصفة مستقرة وعلى وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد ، ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة .

٢ - استقرار الإقامة فى مكان معين مرده إلى نية الشخص التى

يمكن الاستدلال عليها من الظروف المادية التى تختلف من دعوى إلى أخرى ، وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها فى الموطن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

٣ - الموطن وفق المادة ٤٠ من القانون المدنى إنما يتناول معناه فى نطاق القانون الداخلى باعتباره رابطة بين الشخص ومكان معين بالذات فى الإقليم الذى يقيم فيه عادة ، دون اعتداد بما إذا كان الشخص الذى يحدد موطنه بمقتضاها ينتمى إلى جنسية الدولة التى توطن فيها أم لا ، ويختلف عن فكرة الموطن فى القانون الدولى الخاص التى تبنى على صلة تقوم بين الشخص وبين إقليم دولة معينة مؤسسة على الجنسية ، تغلب عليها العلاقة الروحية وتخضع لمبدأ السيادة الإقليمية وتراعى فيها الاعتبارات السياسية ويترتب عليها أثرها فى تمتع الأجانب بالحقوق أو بيان القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين ، وهى آثار مغايرة لما تحققه للأجانب فكرة الموطن فى سائر فروع القانون الداخلى من قبيل إعلان الأوراق القضائية أو تحديد الاختصاص المحلى ، وبالتالى فلا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من انتفاء تقرير موطن للأجانب المقيمين فى بلد لا ينتمون بجنسيتهم إليه .

٤ - مؤدى ما تقضى به المادتان ٨٧٥ ، ٨٧٦ الواردتان بالكتاب الرابع من قانون المرافعات المضاف بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ أن المشرع قصر ميعاد الاستئناف فى دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب فجعله خمسة عشر يوما من تاريخ النطق بالحكم إذا كان حضوريا ، ومد هذا الميعاد إلى ستين يوما لذوى الشأن الغير متوطنين تيسيرا لاتخاذ إجراءات الطعن على أن يقوم هذا المد مقام مواعيد المسافة ، ويقصد بذوى الشأن غير المتوطنين ألا يكون لهم موطن فى معنى المادة ٤٠ من القانون المدنى .

الطلبان رقما ١٦ لسنة ٤٣ قضائية ، ٤٢ لسنة ٤٥ قضائية « رجال القضاء » :

جلسة ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٢٨ »

(١) اختصاص « اختصاص نوعى » .

تشكيل مجلس إدارة نادى القضاة . قرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٩ . أمر متعلق بشئون القضاء . اختصاص محكمة النقض دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة به .

(٢) القرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن تشكيل مجلس إدارة نادى القضاة .

صدوره من رئيس الجمهورية خارج النطاق المحدد بقانون التفويض ٢٥ لسنة ١٩٦٧ . أثره . اعتباره مجرداً من قوة القانون عديم الأثر . وجوب إلغائه واعتباره كأن لم يكن .

(٣) حكم « حجية الحكم » حراسة . قضاء مستعجل .

الحكم المستعجل بتعيين حارس على نادى القضاة لإجراء انتخابات أعضاء مجلس الإدارة . حكم وقتى . لا يمنع من نظر دعوى إلغاء القرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٥ بشأن تشكيل مجلس إدارة النادى .

١ - تقضى المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ٧٢ المقابلة للمادة ٩٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بأن تختص دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض دون غيرها بالفصل فى الطلبات التى يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عيبا فى الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة . ولما كان القانون وطبيعة العمل يفرضان على رجال القضاء والنيابة العامة سلوكا معينا فى حياتهم العامة والخاصة مما اقتضى أن يكون لهم ناد خاص يجتمعون فيه ويباشر عنهم بعض متطلباتهم ويتولى إدارته مجلس منتخب طبقا لنص المادة ٤٥

من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات ، فإن القرار بالقانون المطعون فيه إذ قضى بتشكيل مجلس إدارة النادى من رئيس وأعضاء بحكم وظائفهم يكون متعلقا بشأن من شئون القضاة ، التى تختص محكمة النقض دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة به .

٢ - يبين بالرجوع إلى القرار بالقانون ٨٤ لسنة ٦٩ أنه صدر استنادا إلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٥ الصادر من مجلس الأمة بتفويض رئيس الجمهورية فى إصدار قرارات لها قوة القانون وإذ تنص المادة الأولى من هذا القانون على أن « يفوض رئيس الجمهورية فى إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة فى جميع الموضوعات التى تتصل بأمن الدولة وسلامتها ، وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ، ودعم المجهود الحربى والاقتصاد الوطنى ، وبصفة عامة فى كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية » ومؤدى هذا النص أن التفويض يقتصر على المواضيع المحددة به والضرورية لمواجهة الظروف الاستثنائية القائمة وقتئذ التى أعقبها عدوان يونيو ١٩٦٧ ، وقد صدر هذا التفويض بناء على ما خول لمجلس الأمة بمقتضى المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ الذى كان معمولا به ، وإذ كان القرار بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من تشكيل مجلس إدارة لنادى القضاة من رئيس وأعضاء بحكم وظائفهم قد صدر فى موضوع يخرج عن النطاق المحدد بقانون التفويض ، ويخالف مؤدى نصه ومقتضاه ، فإنه يكون مجردا من قوة القانون ويجعله عديم الأثر ولا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، لما كان ما تقدم فإنه يتعين إلغاء القرار بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ فى شأن نادى القضاة واعتباره كأن لم يكن .

٣ - سبق صدور حكم القضاء المستعجل بتعيين حارس على نادى القضاة لدعوة الجمعية العمومية وإجراء انتخابات أعضاء مجلس الإدارة ، واستناد الحكم فى أسبابه إلى انعدام القرار بالقانون المطعون

فيه ، لايمنع من نظر دعوى إلغاء هذا القرار بقانون بشأن تشكيل مجلس إدارة النادى ، ذلك أن الحكم الصادر من قاضى الأمور المستعجلة هو حكم وقتى لا يحوز حجية الأمر المقضى عند طرح النزاع على محكمة الموضوع .

الطعن رقم ٤٢٧ لسنة ٤١ القضائية :

جلسة ٢٧ من أبريل سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٠٦٠ »

(١) حكم « الطعن فى الحكم » . بطلان . دعوى .

بحث أسباب العوار بالحكم . سبيله . الطعن فيه بالطريق المناسب . عدم جواز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم . الاستثناء . تجرده من أركانه الأساسية .

(٢ ، ٣) استئناف . إثبات . دعوى « الدفاع » .

(٢) وظيفة محكمة الاستئناف . نظر موضوع الاستئناف فى حدود طلبات المستأنف بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفوع وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية .

(٣) دعوى التعويض ضد موظف . تمسك المدعى أمام محكمة الاستئناف بضم التحقيقات الإدارية التى سلخت بعد صدور الحكم الابتدائى . إغفال المحكمة هذا الطلب اكتفاء بمذكرة مفوض الدولة وقرار وزير العدل بإلغاء الجزاء السابق توقيعه على الموظف . مخالفة ذلك للأثر الناقل للاستئناف .

(٤) قرا إدارى . دعوى . تعويض . موظفون .

قرار وزير العدل بإلغاء جزاء سبق توقيعه على أحد موظفيه . لا يحول دون إقامة دعوى بالتعويض ضد الموظف . جواز التدليل على الخطأ ولو على خلاف مدلول القرار الإدارى .

١ - إذ حصر المشرع طرق الطعن فى الأحكام ووضع لها آجالا محدودة وإجراءات معينة فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يمتنع بحث أسباب العوار التى تلحق بالأحكام إلا عن طريق التظلم منها بطريق الطعن المناسب لها ، بحيث إذا كان الطعن غير جائز كما هو الحال فى واقع الدعوى أو كان قد استغلق فلا سبيل

لإهدار تلك الأحكام بدعوى بطلان أصلية ، وذلك تقديرا لحجية الأحكام باعتبارها عنوان الحقيقة فى ذاتها . وأنه وإن جاز استثناء من هذا الأصل العام فى بعض الصور القول بإمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بذلك ، غير أنه لا يتأتى إلا عند تجرد الحكم من أركانه الأساسية .

٢ - وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانونى فحسب ، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع فى حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفوع وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء .

٣ - إذ كان الطاعن قد ركن فى إثبات وقوع الخطأ فى جانب المطعون عليه الثانى - كاتب الجلسة - إلى ما شاب ملف الدعوى من عبث بأوراقها ، كان موضوع تحقيق من رئاسة المحكمة ومن النيابة الإدارية مع المطعون عليه الثانى ، وتمسك أمام محكمة الاستئناف بوجوب ضمها وقد كانا تحت نظر محكمة أول درجة وسلخا بعد ذلك ، وكانت محكمة الاستئناف إذ حجزت الدعوى للحكم قبل أن يتحقق الضم فقد تقدم الطاعن بطلب لإعادتها للمرافعة لضمهما ، وكان الحكم المطعون فيه لم يستجب لهذا الطلب قولا منه إن المحكمة هيأت للخصوم فرصة تقديم المذكرات دون ما ضرورة لضم المطلوب مادامت الأوراق فيها العناصر التى تكفى لتكوين اقتناعها ، وبنت قضاءها بتأييد الحكم المستأنف على سند مما أثبت بتقرير مفوض الدولة من عدم صحة ما تضمنته شكوى الطاعن وفساد التهم المنسوبة للمطعون عليه الثانى ، بما ترتب عليه صدور قرار من وزير العدل بإلغاء الجزاء الذى كان قد وقع عليه ، فإن هذا الذى قرره الحكم ينطوى على مخالفة للأثر الناقل للاستئناف حين حجب نفسه عن مواجهة موضوع النزاع بعدم اطلاعه على ملف الدعوى والتحقيقات الإدارية المطلوب ضمها واللذين يستند

إليها الطاعن فى طلب التعويض والذى بنت محكمة أول درجة قضاءها على أساس ما ورد بها ، وأحل بديلا عنها ما استخلصه مفوض الدولة فى تقريره رغم أن القاضى يجب أن يستقل بتقدير الدليل بناء على اقتناعه الشخصى ومعملا رقابته الذاتية ، ولا يقدح فى ذلك أن يكون الحكم المطعون فيه قد أحال إلى أسباب الحكم الابتدائى مما لا يتعارض مع أسبابه أو أن الوقائع المدونة بتقرير مفوض الدولة ومخالفتها للثابت بتحقيقات النيابة الإدارية لم تكن محل نعى من الطاعن لأن شرط ذلك أن تكون المحكمة قد اطلعت على الأوراق المطلوب ضمها بنفسها وأخضعتها لتقديرها هى طبقاً للأثر الناقل للاستئناف .

٤ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتد بقرار وزير العدل بإلغاء الجزاء الموقع - على كاتب الجلسة - وأسبغ الحجية عليه مع أنه لا يعدو أن يكون سحبا لقرار إدارى لا يحول بين المضرور وبين إقامة الدعوى المدنية بالتعويض يدلل فيها على وقوع الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها وحصول الضرر وعلاقة السببية بينهما ولو على خلاف مدلول القرار الصادر من السلطة الإدارية ، فإنه يكون قد أخطأ .

الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٢ القضائية

جلسة ٢٩ من مارس سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٧٨٨ »

(١) ، (٢) ، (٣) فوائد . بنوك . عرف . محكمة الموضوع . نقض . نظام عام .

(١) تحريم الفوائد المركبة ، الاستثناء ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . وجوب تجميد الفوائد فى الحساب الجارى .

(٢) صيرورة رصيد الحساب الجارى ديناً عادياً بإقفاله . تحريم تقاضى فوائد مركبة عنه . تعلق ذلك بالنظام العام . الاستثناء . ما تقضى به القواعد والعادات التجارية .

(٣) العادات التجارية من مسائل الواقع التى يترك التثبت من قيامها وتفسيرها لقاضى الموضوع . خروجها من رقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد القاضى عن تطبيق عادة ثبت لديه قيامها .

١ - مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدنى أن المشرع قد حرم تقاضى الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجارى .

٢ - صفة الحساب الجارى تزول عنه بإقفاله ويصبح الرصيد ديناً عادياً مما لا يجوز معه وفقاً للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عنه ولو اتفق على ذلك الطرفان لأن تحريم الفوائد المركبة من النظام العام مما لا يصح معه الاتفاق على مخالفته ، ولا يستثنى من ذلك إلا ما تقضى به القواعد والعادات التجارية .

٣ - تقدير ثبوت العادات التجارية والتحقق من قيامها وتفسيرها يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يحيد عن أعمال حكم العادة التجارية التى ثبت لديه قيامها .

الطعن رقم ٦٦٤ سنة ٤١ القضائية

جلسة ١٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٧٧٨ »

(١ ، ٢ ، ٣ ،) عمل . « مكافأة الإنتاج » . « الإجازات » . عرف .

(١) مكافأة الإنتاج . ارتباطها بالعمل وجوداً وعدماً . عدم استحقاق العامل لها خلال فترة إبعاده عن العمل .

(٢) اعتبار المنحة جزءاً من الأجر . شرطه . وجوب التقيد بما جرى عليه العرف فى هذا الخصوص .

(٣) الأجر الذى يحسب على أساسه مقابل إجازة العامل هو الأجر الثابت دون احتساب الملحقات . وجوب ضم المنحة إلى الأجر عند حساب بدل مهلة الإنذار . الأجر من عناصر تقدير التعويض ويرتبط به .

١ - متى كان الطاعن لم يكن يباشر العمل بالشركة خلال فترة تعيينه لصدور قرار وزير المواصلات بإبعاده عن العمل ، وكانت مكافأة الإنتاج ترتبط بالعمل وجوداً وعدماً ولا يتقرر حق العمل فيها إلا إذا

باشر العامل فعلاً فإن الطاعن لا يستحق تلك المكافأة عن الفترة المذكورة .

٢ – المنحة التى تعطى للعامل علاوة على الأجر ووفقًا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٦٨٣ من القانون المدنى والفقرة الثالثة من المادة ٣ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ تعتبر جزءًا من الأجر ، إذا كانت مقررة فى عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة الأساسية للعمال أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءًا من أجرهم لا تبرعًا ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن اعتبار المنحة جزءًا من الأجر مشروط بالتزام رب العمل بدفعها فى عقد العمل أو لائحة المنشأة وتحجب بهذا الخطأ عن استظهار ما إذا كان العرف قد جرى بصرف هذه المنحة للطاعن ، وخرج بها من اعتبارها تبرعًا إلى جعلها حقًا مكتسبًا له وجزءًا من أجره تلتزم الشركة بأدائه إليه . فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

٣ – ضم المنحة إلى أجر الطاعن (العامل) وإن كان لا يغير من مقابل الإجازة الذى استحق له لأن الأجر الذى يحسب على أساسه هذا المقابل هو الأجر الثابت الذى يتقاضاه دون اعتبار لما قد يكون له من ملحقات إلا أنه يرتب زيادة بدل مهلة الإنذار المقضى له به كما أن الأجر من عناصر تقدير التعويض ويرتبط به .

الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ قضائية

جلسة ١٢ من مايو سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٠٨٧ »

(١) إيجار . « إيجار الأماكن » . دعوى « قيمة الدعوى » .

عقد الإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن . امتداده تلقائيًا لمدة غير محددة . الدعوى بطلب إخلاء العين المؤجرة بمقتضاه لعدم الوفاء بالأجرة . غير قابلة لتقدير قيمتها .

(٢) إيجار « إخلاء » .

جواز توقى طلب الإخلاء بأداء الأجرة المستحقة وفوائدها والمصاريف الرسمية قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى أو أمام محكمة الاستئناف . قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .

(٣) قانون « تفسيره » .

النصُّ القانونى الواضح . لا محل لتأويله بدعوى الاستهداء بمراحله التشريعية أو بالحكمة التى أملته .

(١) إذا كانت الدعوى التى يقيمها المؤجر بإخلاء العين المؤجرة لعدم الوفاء بالأجرة هى دعو فسخ عقد الإيجار ، وكان العقد الذى يخضع لقانون إيجار الأماكن يمتد تلقائيًا إلى مدة غير محددة ، فإن الدعوى تعتبر غير مقدرة القيمة .

٢ – مفاد نص المادة ٢٣ (أ) من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين – أن المشرع وإن رتب للمؤجر الحق فى إخلاق المستأجر بمجرد انقضاء خمسة عشر يومًا من تكليفه بوفاء الأجرة المستحقة – دون الوفاء بها – إلا أنه رغبة منه فى التيسير على فريق المستأجرين أفسح لهم مجال الوفاء بالأجرة المتأخرة حتى تاريخ قفل باب المرافعة فى الدعوى بحيث أصبح قيام المستأجر بوفاء الأجرة وملحقاتها قبل قفل باب المرافعة يسقط حق المؤجر فى الإخلاء، ويمنع المحكمة من الحكم به، وإذ جاءت صياغة المادة ٢٣ المشار إليها عامة مطلقة فإنه لا يجوز قصر نطاقها على إغلاق باب المرافعة أمام المحكمة الابتدائية دون محكمة الاستئناف لأن ذلك يعتبر تقييدًا لمطلق النص وتخصيصًا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، لما كان ذلك فإنه يجوز توقى طلب الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف الرسمية قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف .

٣ – متى كان النص واضحًا صريحًا جليًا قاطعًا فى الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالمراحل

التشريعية التى سبقته أو بالحكمة التى أملته وقصد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

الطعنان رقما ٤٧٥ و٤٨٧ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٨٥٧ »

(١) فوائد . التزام « الوفاء » .

التزام المدين بالوفاء بمصروفات وفوائد مع الدين . ثبوت أن ما أداه لا يفى بها جميعًا . استنزال ما دفعه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين . ما لم يتفق على غيره .م ٣٤٣ مدنى .

(٢ ، ٣) فوائد . تعويض . قانون .

(٢) للدائن حق اقتضاء الفائدة ولو زادت على رأس المال حتى تاريخ العمل بالقانون المدنى الحالى . عدم استحقاق الدائن أية فوائد بعد ذلك التاريخ متى أصبحت الفائدة تعادل رأس المال .

(٣) المطالبة القضائية بالتعويض بعد العمل بالقانون المدنى القائم . عدم سريان الفوائد إلا من تاريخ الحكم النهائى به .

١ - تقضى المادة ٣٤٣ من القانون المدنى بأنه إذا كان المدين ملزمًا بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . وإذ كان يتضح من تقرير الخبير الحسابى الذى ندبته المحكمة أن جملة الفوائد التى أضافها الخبير إلى التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذى سدده لهم الطاعن ، وكان الطاعن لم يدع وجود اتفاق على كيفية خصم المبالغ المسددة منه للمطعون عليهم ، فإن الطاعن يكون قد أدى جميع الفوائد التى استحقت للمطعون عليهم قبل صدور الحكم وتكون المبالغ الباقية من أصل التعويض ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فإنه لا يكون قد قضى بفوائد على متجمد الفوائد .

٢ - ليس فى نصوص القانون المدنى القديم ما يمنع اقتضاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المال ، إلا أن المشرع استحدث فى القانون المدنى القائم قاعدة أوردها فى المادة ٢٣٢ التى تنص على أنه « لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . ومقتضى ذلك أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون الحالى حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال .

٣ - متى كانت المطالبة القضائية بالتعويض قد تمت بعد العمل بالقانون المدنى القائم فإن الفوائد على هذا التعويض لا تسرى إلا من تاريخ الحكم النهائى . وإذ قضى الحكم المطعون فيه بفوائد هذا التعويض عن مدة سابقة على صدوره فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ القضائية

جلسة ١٧ من نوفمبر ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٥٩٤ »

(١) قانون « تفويض تشريعى » . إيجار « إيجار الأماكن » .

القرار التفسيرى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ . مواجهته حالة عدم وجود أجرة اتفاقية بين المؤجر والمستأجر وتركها لتقدير لجنة تقدير الإيجارات التى أغفلها القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . بقاء هذه الحالة خاضعة لأحكام القانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ . مؤداه اعتبار القرار المذكور صادرًا فى حدود التفويض التشريعى الوارد بالقانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ .

(٢) دفوع . قانون .

عدم بيان الطاعن مواطن التفسير التى جاوزت حدود التفويض التشريعى . دلالة ذلك . عدم جدية الدفع . مثال بشأن القرار التفسيرى ٨ لسنة ١٩٦٥ بشأن إيجار الأماكن .

(٣) إيجار « إيجار الأماكن » . قانون .

مجال تطبيق القرار التفسيرى ٨ لسنة ١٩٦٥ . عدم وجود أجرة اتفاقية وقت صدور القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . اتفاق الطرفين على تحديد أجرة . وجوب إعمال القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ .

(٤) إيجار. قانون .

الأجرة التعاقدية فى معنى المادة ٢ قانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . الأجرة الحقيقية التى انصرفت إليها إرادة المتعاقدين منذ بدء تنفيذ عقد الإيجار.

(٥) إيجار . « تقدير الأجرة » نظام عام . إثبات .

تحديد أجرة الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية . أمر متعلق بالنظام العام . إخفاء حقيقة الأجرة . جواز إثباته بكافة الطرق .

(٧) قانون « نفاذه » . اختصاص .

إلغاء القانون لمحكمة أو جهة اختصاص . أثره . حصول الإلغاء بمجرد نفاذ القانون ما لم ينص على غير ذلك .

(٨) إيجار . قانون « نفاذ القانون » اختصاص . دعوى .

القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . إلغاؤه مجالس المراجعة . القضاء فى ظله فى دعوى مرفوعة قبل صدوره بعدم اختصاص القضاء العادى وباختصاص مجالس المراجعة بتحديد الأجرة إعمالاً للقرار التفسيرى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ . خطأ فى القانون .

١ –النص فى المادة السادسة مكرر (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المضافة بالقانون ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ على تشكيل لجنة عليا فوضها المشرع فى إصدار تفسيرات ملزمة لأحكامه جعل لها قوة القانون ونص على نشرها فى الجريدة الرسمية أسوة به ، مفاده وجوب أن تقتصر هذه التفسيرات التى تصدرها اللجنة على نطاق هذا القانون وحده ولا تتعداه إلى سواه ، إذ كان ذلك وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ واجهت نوعين من الحالات السابقة على صدوره هى الحالات التى سميت فيها أجرة تعاقدية ولم يصدر بشأنها من اللجان تقدير للأجرة حتى صدر ذلك القانون ، وكذلك الحالات التى

سميت فيها أجرة تعاقدية وقدرت اللجان أجرتها تقديرًا نهائيًا ، وبينت الحكم الذى يطبق فى شأن كل منها ، ولم تتناول حالة الأماكن التى أوجرت وأخطرت عنها اللجان أو شغلت قبل صدوره ولم تكن لها أجرة تعاقدية تصلح أساسًا للتقدير الحكمي ، ومن بينها الأماكن المؤجرة بعقود اتفق فيها على تحديد أجرتها طبقًا لما تقره لجنة التقدير ، اعتبارًا بأنه لا يعد تعيينًا لأجرة تعاقدية حرة وكان القرار التفسيرى التشريعى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ إنما ينصب على هذه الحالة الأخيرة التى بقيت خاضعة لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ دون القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، فإن القرار المشار إليه يكون قد صدر فى حدود التفويض التشريعى المخول للجنة العليا دون أن يجاوزه إلى أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ .

٢ – إذ كان الطاعن لم يبين المواطن التى بنى عليها ما أثاره – من دفع بعدم دستورية القرار التفسرى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ – استنادًا إلى أن القرار المذكور تضمن تفسيرًا لنصوص القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، فإن ذلك يدل على عدم جدية دفعه .

٣ – النص فى المادة الأولى من القرار التفسيرى التشريعى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ على أنه « إذا اتفق المالك والمستأجر على تحديد أجرة الوحدة المؤجرة طبقًا لما تقرره لجنة التقدير فلا تكون هناك أجرة اتفاقية متعاقد عليها وتستمر لجان التقدير فى تقدير الأجرة طبقًا لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه ، وإذا كان المكان قد حددت أجرته لجنة التقدير ولم يصبح قرارها نهائيًا فتستمر مجالس المراجعة فى نظر الطعن .. وذلك كله مع مراعاة أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ المشار إليه » يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن هذا القرار إنما يواجه الحالة التى لم يتفق فيها المالك والمستأجر أصلاً على تحديد أجرة للعين بل تركا أمر تحديدها إلى لجنة التقدير ، إذ لا يكون هناك أجرة متفق عليها وقت صدور القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ حتى يمكن تخفيضها بنسبة ٣٥٪ بالتطبيق لما تقضى به

المادة الثانية منه ، وفى هذه الحالة تستمر اللجنة فى تقدير الأجرة طبقًا لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، فإذا كانت اللجنة قد حددت الأجرة ولم يصبح قرارها نهائيًا بسبب التظلم منه فتستمر مجالس المراجعة فى نظر الطعن ، بمعنى أنه لا مجال للأخذ بالقرار التفسيرى سالف الإشارة إلا إذا لم تكن هناك أجرة اتفاقية متعاقد عليها بين المؤجر والمستأجر فإذا اتضح وجودها كان لا مناص من إعمال أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ .

٤ – المقصود بالأجرة التعاقدية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – فى معنى المادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ هى الأجرة الحقيقية التى انصرفت إليها إرادة المتعاقدين منذ بدء تنفيذ عقد الإيجار .

٥ – المقرر أن تحديد أجرة الأماكن هى من مسائل النظام العام التى نص المشرع على تأثيم مخالفة القواعد الواردة بشأنها ، والتحايل على زيادتها أو إخفاء حقيقة قدرها للتهرب من حكم القانون يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن .

٦ – القرار التفسيرى التشريعى رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ الصادر من اللجنة العليا لتفسير أحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ اعتبر قواعد القانون المذكور جميعًا آمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحيث لا يسوغ التحايل على أحكامه بمحاولة نفى وجود أجرة تعاقدية ويكون من حق من يدعى حصول الاتفاق عليها إثبات ذلك بكافة الطرق .

٧ – المقصود بالقوانين المعدلة للاختصاص فى معنى المادة الأولى من قانون المرافعات هى تلك التى تغير الولاية القضائية أو الاختصاص النوعى أو القيمى أو المحلى دون القوانين التى تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء فإن هذا الإلغاء يحدث أثره حتمًا بمجرد نفاذ القانون ما لم ينص على غير ذلك .

٨ – إذ نصت المادة ٤٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى شأن

إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين والمعمول به فى ١٨ / ٨ / ١٩٦٩ على إلغاء القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بما تضمنته المادة الخامسة منه من تشكيل مجالس المراجعة للتظلم أمامها فى قرارات لجان التقدير ، وكانت المادة ٤٢ من ذات القانون قضت بإحالة التظلمات المعروضة على مجالس المراجعة عند العمل بأحكامه إلى المحاكم الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بالحالة التى تكون عليها ، وكان الحكم المطعون فيه قد صدر فى ١٤ / ١٢ / ١٩٦٩ أى فى تاريخ لاحق للعمل بأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قاضيا باختصاص مجالس المراجعة – بنظر دعوى تحديد الأجرة طبقًا للقرار التفسيرى رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ – والتى لم يعد لها وجود مع أن الولاية قد أصبحت معقودة للقضاء العادى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٣ القضائية « أحوال شخصية »

جلسة ١٩ من نوفمبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٤٤٤ »

(١) أحوال شخصية « الزواج » « عقد الغلط » . نقض .

الغلط فى صفة جوهرية . القضاء بأن المطعون عليه لم يكن يعلم عند الزواج بأن الطاعنة ثيب . إقامة الحكم على ما يحمله . عدم جواز المجادلة فى ذلك أمام محكمة النقض .

(٢) إثبات « عبء الإثبات » . « عقد الغلط » .

شريعة الأقباط الأرثوذكس . الغش فى بكارة الزوجة يجيز إبطال الزواج . توافره بمجرد ادعاء الزوجة بأنها بكر على خلاف الحقيقة . على الزوج أن يثبت أن بكارتها قد أزيلت بسبب سوء سلوكها .

(٣ ، ٤) أحوال شخصية « زواج » . بطلان .

(٣) بطلان الزواج . اختلافه عن أسباب انحلاله من طلاق أو فسخ .

(٤) القضاء ببطلان الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس . تأسيسه على الغش فى بكارة الزوجة . استناده إلى أقوال شاهدى الزوج المؤيدة بإقرارها .

في سبيل الحصول على الجزء الباقى ، فإن لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة واقتصر التنازل على أحد الطرفين دون الآخر فلا يعد الاتفاق صلحًا . وإذ كان البين أن الإقرار المنسوب للزوجة أنه مقصور على نزول الزوجة عن كافة حقوقها إزاء ما أقرت به من فض بكارتها قبل عقد الزواج ، فإنه لا وجه للقول ببطلان الإقرار ، وعلى سند من المادة ٥٥١ من القانون المدنى .

٧ - متى كانت الأوراق خلواً مما يفيد تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأنها كانت مكرهة على التوقيع على الإقرار ، فإنه لا يجوز إبداء هذا القول ولأول مرة أمام محكمة النقض لما تضمنه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع للتحقق من قيام ذلك الإكراه .

الطعن ٤٤٥ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ٥ فبراير سنة ١٩٧٥ « س٢٦ ص ٣٣١ »

عرف . نقض . « السبب الجديد » .

عدم جواز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بوجود عرف معين .

متى كان الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف يمنع أن يتقاضى إبن فوائد من والدته وشقيقته فإنه لا يجوز التحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض .

الطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٧ مايو سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٠٨٥ »

عرف . محكمة الموضوع . نقض .

التثبت من قيام العرف . عدم خضوعه لرقابة محكمة النقض إلا أن يحيد قاضى الموضوع عن تطبيق عرف ثبت وجوده .

تحرى العرف فى ذاته والتثبت من قيامه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من أمور الموضوع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض

إلا حيث يحيد قاضى الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده وهذا يقتضى التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه ، وإذ يبين من الأوراق أن الطاعن لم يدع قيام عرف أمام محكمة الموضوع فيما يثيره بسبب النعى ، فإن النعى على الحكم بمخالفة العرف الجارى يكون فى غير محله .

الطلب رقم ٩٩ لسنة ٤٤ قضائية . « رجال القضاء »

جلسة ١٩ من يونيه سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٦٣ »

(١) إجراءات « الخصوم فى الطلب » .

توجيه الطلب إلى وزير العدل بصفته نائبًا لرئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية وإلى رئيس إدارة قضايا الحكومة . غير مقبول .

(٢) طلب « ميعاد الطلب » . قرار إدارى . قانون .

خلو الأوراق مما يفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه أو علمه به علمًا يقينيًا . إرسال الجريدة الرسمية لصالة بيع المطبوعات الحكومية فى ١٠ / ٩ / ١٩٧٤ . اعتبار هذا التاريخ بداية لافتراض علم الطالب بالقرار المنشور بها فى ٥ / ٩ / ١٩٧٤ .

(٣) ترقية . أهلية .

ثبوت أهلية الطالب للترقية إلى درجة مستشار . ترقية زميل له إلى درجة نائب رئيس محكمة استئناف دون الطالب بلا مسوغ طارئ . ثبوت أن الشكاوى والملاحظات المودعة بالملف سابقة على ترقيته إلى درجة مستشار . تخطيه فى الترقية . خطأ .

١ - تعتبر الدولة طبقًا لنص المادة ١٣ من قانون المرافعات ممثلة بالوزراء ومديرى المصالح المختصة والمحافظين . ومن ثم فإن توجيه الطلب إلى وزير العدل بصفته نائبًا لرئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية غير مقبول ، إذ لا شأن له فى الخصومة القائمة بين الطالب وبين الجهة الإدارية ، كما أن رئيس إدارة قضايا الحكومة لا شأن له بالنزاع المعروض .

٢ – افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية مرهون بعدم قيام أسباب تحول ضمنًا دون قيام هذا الافتراض . وإذ كان الطالب قد تمسك بأنه استحال عليه هذا العلم لأن العدد رقم ٣٦ من الجريدة الرسمية الصادر فى ٥ / ٩ / ١٩٧٤ والذى نشر به القرار المذكور لم يرسل إلى صالة بيع المطبوعات الحكومية لعرضه للبيع إلا بعد يوم ١٠ / ٩ / ١٩٧٤ وأيد دفاعه بالخطاب المؤرخ ١٣ / ٣ / ١٩٧٥ . والصادر من وكيل إدارة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، فإن افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه لا يبدأ إلا من يوم ١٠ / ٩ / ١٩٧٤ ، ولما كانت الأوراق قد خلت مما يفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه أو علمه به علمًا يقينيًا قبل هذا التاريخ ، وكان الطلب قد قدم فى ٩ / ١٠ / ١٩٧٤ فإنه يكون مقدمًا فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٨٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢[1] .

٣ – الأصل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه متى ثبتت أهلية الطالب للترقية إلى درجة قضائية معينة ، رقى إليها من يليه فى الأقدمية ، فإن أهليته تعتبر باقية على وضعها بالنسبة إلى أهلية زميله الذى كان يليه فى الأقدمية وسبقت ترقيته ، ما لم تقدم الوزارة الدليل على وجود مسوغ طارئ يحول دون ترقيته إلى الدرجة الأعلى . وإذ كان الثابت من الأوراق أن الشكاوى والملاحظات المودعة ملف الطالب سابقة على ترقيته إلى درجة المستشار ، ولم تقف حائلاً دون ترقيته فى الحركات السابقة ، وكانت الوزارة لم تقدم دليلاً على وجود مسوغ طارئ يحول دون ترقية الطالب إلى درجة نائب رئيس محكمة الاستئناف التى رقى إليها زملاؤه التالون له فى الأقدمية والذين يتساوون معه فى الأهلية ، فإن تخطيه فى الترقية لهذه الدرجة يكون مخالفًا للقانون .

---

(١) راجع نقض ٢٤ / ٦ / ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٩ ص ٦٢٩

الطعن رقم ٤٣ لسنة ٣٨ القضائية

جلسة ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٣٣٩ »

(١ ، ٢) قرار إدارى . قانون . « رجعية القانون » حراسة . بطلان « بطلان التصرفات » . دستور . عقوبات .

(١) القرار الإدارى يعد موجودًا قانونًا بمجرد إصداره . التزام جهة الإدارة بتنفيذه ولو لم ينشر . عدم جواز الاحتجاج به على الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . علة ذلك .

(٢) الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بشأن فرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص . قرار إدارى فردى . لا يعد نافذًا فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . لا عبرة بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره . علة ذلك . الإقرار بالمديونية الصادر ممن فرضت عليه الحراسة قبل نشر الأمر المذكور . لا يلحقه البطلان . عدم جواز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون فى مسائل العقوبات .

١ – الأصل أن القرار الإدارى يعتبر موجودًا قانونًا بمجرد إصداره ، وتلتزم جهة الإدارة المختصة بتنفيذه ، ولو لم ينشر ، غير أنه لا يحتج به على الأفراد ولا ينتج أثره فى حقهم إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية أو بعد إعلانهم به أو علمهم بمضمونه علمًا يقينيًا ، وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها وحتى لا يطبق القرار بأثر رجعى على الماضى وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة ، وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم .

٢ – لما كان الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ – بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص – قراراً إداريًا فرديًا وقد صدر بتاريخ ٢٥ / ١٠ / ١٩٦١ ونص فى مادته الثالثة على أن ينشر فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره ، وكان يبين من الحكم

المطعون فيه – على ما ثبت من كتاب الهيئة العامة للمطابع الأميرية – أن عدد الجريدة الرسمية الذى نشر به الأمر سالف الذكر قد طبع فى ٨ / ١ / ١٩٦٢ ولم يوزع إلا فى ٢٢ / ١ / ١٩٦٢ فإن هذا الأمر لا يعتبر نافذًا فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وهى وسيلة العلم التى تنص عليها الأمر المذكور دون الاعتداد بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره هذا إلى أن الأمر المشار إليه نص على أن تسرى فى شأن الخاضعين أحكام الأمر العسكرى رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ وقد أحال الأمر الأخير بدوره إلى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ ، وقد حظرت المادة الخامسة من هذا الأمر إبرام عقود أو تصرفات أو عمليات تجارية أو مالية من أى نوع مع أحد الأشخاص الخاضعين لأحكامه ونصت المادة ٢٠ من الأمر المذكور على أن تسرى أحكامه على كل شخص ليس من الأشخاص الخاضعين لأحكامه وإنما يباشر معاملات مع أحدهم وفى خصوص هذه المعاملات ، كما نصت المادة الثامنة منه على أن يعتبر باطلًا بحكم القانون كل عقد أو تصرف أو عمل تم أو جاء مخالفًا لأحكام هذا الأمر ما لم يرخص فيه وزير المالية والاقتصاد أو المدير العام لإدارة الأموال التى آلت إلى الدولة ، ونصت المادة ١٣ على عقاب كل من خالف أحكام هذا الأمر أو شرع فى مخالفتها بالحبس وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وإذ كان مقتضى القول بسريان القرار رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ من تاريخ نشره ، أن تسرى الأحكام السالف بيانها بأثر رجعى على الأشخاص الذين فرضت عليهم الحراسة والمتعاملين معهم فى خصوص هذه المعاملات فتبطل بأثر رجعى تصرفاتهم التى أبرمت قبل نشر القرار المذكور ، مع أنه لا يجوز تقرير الأثر الرجعى فى هذا الشأن إلا بقانون ، كما يعاقبون من أجل هذه التصرفات مع أن الدستور لا يجيز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون فى مسائل العقوبات . لما كان ذلك وكان الإقرار المؤرخ ٢٠ / ١١ / ١٩٦١ المتضمن مديونية المطعون عليه الثانى الذى فرضت عليه الحراسة

بمقتضى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ – للمطعون عليه الأول – قد صدر قبل نشر الأمر المذكور ، فإنه يكون بمنأى عن البطلان وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة الإقرار سالف الذكر فإنه لا يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٩ القضائية

جلسة ٨ من مايو سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٩٣٥ »

استئناف « ميعاد الاستئناف » . إفلاس . قانون . حكم .

الحكم الصادر فى دعاوى إشهار الإفلاس . ميعاد استئنافه خمسة عشر يومًا من تاريخ إعلانه م ٣٩٤ قانون التجارة . القواعد المستحدثة فى قانون المرافعات . عدم اعتبارها ناسخة لما نصت عليه القوانين الخاصة من إجراءات ومواعيد .

استقر قضاء هذه المحكمة على أن ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى إشهار الإفلاس الواجب التعويل عليه هو خمسة عشر يومًا من تاريخ إعلانه وفقًا لحكم المادة ٣٩٤ من قانون التجارة ، وأن القواعد التى استحدثها قانون المرافعات فى هذا الخصوص لا تعتبر ناسخة لما نصت عليه القوانين الخاصة من إجراءات ومواعيد رأى المشرع أن يخص بها دعاوى معينة خروجًا على القواعد العامة التى نظمها قانون المرافعات . كما هو الحال فى دعوى إشهار الإفلاس .

الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٤٠ القضائية

جلسة ١٢ من مايو سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٩٧٦ »

(١ ، ٢) إيجار « إيجار الأماكن » . استئناف . حكم « الطعن فيه » . قانون .

(١) المنازعة الناشئة عن تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . عدم جواز استئناف الحكم الصادر فيها فى ظل ذلك القانون . شمول ذلك للأحكام الصحيحة والباطلة .

(٢) جواز استئناف الأحكام الصادر بصفة انتهائية من محاكم الدرجة

الأولى بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم .
م ٢٢١ مرافعات عدم سريان هذا النص على المنازعات الإيجارية الناشئة عن تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . النص فى قانون المرافعات على إلغاء كل نص آخر يخالف أحكامه لا يلغى ضمناً النص الوارد فى قانون خاص .

١ - إذ نص المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على أن « الحكم » الذى يصدر فى المنازعات الناشئة عن تطبيقه لا يكون قابلاً لأى طعن ، فقد أورد النص عامًا منبسطًا على جميع الأحكام التى تصدر فى المنازعات الإيجارية ولفظ « الحكم » الوارد به متى جاء عامًا ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه وإثبات حكمه قطعًا لجميع أفراده ومن ثم فلا يصح قصره على الأحكام الصحيحة وحدها .

٢ - ما أجازته المادة ٢٢١ من قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم لا يعتبر استثناء من حكم المادة ١٥ / ٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ذلك لأن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل إلى إلغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء ، ولا يستفاد هذا الإلغاء من نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات ذلك أن النص العام لا يلغى ضمنًا النص الوارد فى قانون خاص ولا وجه للتحدى بأن نص المادة ١٥ / ٤ هو النص العام وأن نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات هو النص الخاص فى هذا الصدد ، ذلك أن نصوص قانون المرافعات فى الطعن فى الأحكام تعد كلها من النصوص العامة فى الإجراءات لشمولها كل أنواع الأنزعة إلا ما استثنى بنص خاص فى حين أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لا يتضمن إلا نصوصًا خاصة بالمنازعات الإيجارية الناشئة عن تطبيق أحكامه خرج فيها المشرع عن القواعد العامة فى قانون المرافعات من حيث الاختصاص وإجراءات

التقاضى وطرق الطعن فى الأحكام تحقيقًا للأهداف التى تغياها من سن أحكامه تخفيفًا لأزمة المساكن ومن بينها رغبته فى حسم المنازعات الناشئة عن تطبيقه فى درجة واحدة من درجات التقاضى كما أنه لا وجه للاحتجاج بما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون المرافعات الحالى من إلغاء كل نص آخر يخالف أحكامه ، ذلك أن هذا النص العام ليس إلا ترديدًا لمبدأ الإلغاء الضمنى دون زيادة ، ومن ثم فلا يلغى النص الوارد فى قانون خاص . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، وقضى بعدم جواز الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية برفض تخفيض أجرة العين المؤجرة تطبيقًا للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس .

الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ قضائية « أحوال شخصية » .

جلسة ١٢ من فبراير سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٣٦٤ »

(١) قانون . « القانون الأجنبى » . وصية .

الشروط الموضوعية للوصية . خضوعها لقانون الموصى وقت وفاته . الاستناد إلى قانون أجنبى . واقع . وجوب تقديم الدليل عليه . مثال بشأن الوصية فى القانون اليونانى .

(٢) عقد « شكل العقد » . قانون . وكالة .

شكل العقد . خضوعه لقانون البلد المبرم فيه . عقد الوكالة الصادر فى الخارج . عدم جواز التحدى بأحكام قانون الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(٣) وكالة « إثبات الوكالة » محاماة .

صدور التوكيل فى قبرص . التصديق عليه من السلطات الرسمية بها وتصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة أيضًا ، ثم تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصلية . كافٍ لإسباغ صفة الوكالة على المحامى . خلو التوكيل من تصديق القنصل المصرى بجمهورية قبرص . لا أثر له . علة ذلك .

(٤) وصية . نقض . « أسباب الطعن » .

السبب الجديد . عدم جواز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض . مثال بشأن عقد وصية .

(٥) بيع « دعوى صحة التعاقد » . دعوى « التدخل فى الدعوى » . صلح .

التدخل الخصامى فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفضها . وجوب الفصل فى طلب التدخل قبل القضاء بصحة التعاقد أو قبول الصلح بشأنه .

(٦) استئناف « نطاق الاستئناف » . حكم « استنفاد الولاية » صلح .

قضاء محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وبعدم قبول طلب التدخل . استنفاد ولايتها فى النزاع . القضاء بإلغاء الحكم استئنافيًا وقبول التدخل . وجوب المضىّ فى نظر موضوع التدخل . علة ذلك .

(٧) وصية . قانون « القانون الواجب التطبيق » . أحوال شخصية .

صدور الوصية من يونانى الجنسية . وجوب تطبيق قانون بلد الموصى وقت وفاته . المادة ٥٥ من القانون المدنى الملغى . لا محل لتطبيق القانون المدنى المصرى أو الشريعة الإسلامية .

(٨) قانون « القانون الواجب التطبيق » نظام عام . بيع .

استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق . مناطه . مخالفتها للنظام العام أو الآداب فى مصر . لا يدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى بصدد الشرط المانع من التصرف .

١ - الشروط الموضوعية للوصية موضوع النزاع سواء ما تعلق منها بحق الإيصاء أو القدر الذى تنفذ فيه الوصية يخضع للقانون اليونانى وهو قانون الموصى وقت موته ، ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاستناد إلى قانون أجنبى ، واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، وإذ كان الطاعنون لم يقدموا ما يفيد أن نصًا فى

القانون اليونانى يرتب البطلان على انعدام وجود الموصى له عند الإيصاء ، فليس يجدى فى هذا المقام التحدى ببطلان الوصية استنادًا إلى حكم قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

٢ - أشكال العقود والتصرفات - وعلى ما يجرى به قضاء النقض - تخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه . لما كان ذلك فإنه لا وجه للتذرع بشأن عقد الوكالة الصادر فى قبرص بأحكام قانون الشهر العقارى المصرى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

٣ - متى كان البين من الرجوع إلى التوكيل المقدم من المطعون عليها الأولى أنه تم فى قبرص وحرر باللغة الإنجليزية وقد صدقت السلطات الرسمية المختصة بلارنكا بجزيرة قبرص على توقيعات الموكلين وتلا ذلك تصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة ثم تبعه تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصلية فى ٥ من يونيو سنة ١٩٦٥ فإن هذا التوكيل يعتبر حجة فى إسباغ صفة الوكالة للمحامى الحاضر عن المطعون عليها الأولى ، لا يغير من ذلك أنه جاء خلوًا من تصديق القنصل المصرى بجمهورية قبرص وفق المادة ٦٤ / ١٤ من قانون نظام السلكين الدبلوماسى والقنصلى رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ ، لأن ما يجرى به هذا النص وإن خول اختصاصًا لأعضاء البعثات الدبلوماسية المصرية بالتصديق على الإمضاءات الموقع بها على المحررات الصادرة من سلطات البلاد التى يؤدون فيها أعمالهم إذا كان الغرض منها الاحتجاج بها أمام السلطات المصرية ، إلا أنه لا يرتب - أو أى نص آخر - جزاء على تخلفه طالما كانت التوقيعات مصدقًا عليها من السلطة المختصة فى جهة إصدارها ومصدقًا أيضًا على صحة توقيع هذه السلطة الأمر الذى يضمن سلامة الإجراءات خاصة ولم يقدم الطاعنون دليلًا على أن الشكل الذى أفرغ فيه التوكيل موضوع النعى هو غير الشكل المحلى فى مقاطعة لارنكا بجزيرة قبرص .

٤ – إذ كان ما يثيره الطاعنون المشترون بشأن مدى حق المطعون عليها الأولى – الموصى لها بريع العين المبيعة – وهل هو حق عينى أو شخصى ، ومدى الالتزام الذى تحملت به ذمة الموصى وتمحيص شروط دعوى إبطال التصرفات ، يعتبر سبباً جديدًا مما لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، فإن النعى يكون على غير أساس .

٥ – تمسك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تدخلاً خصامياً تطلب به المتدخلة لنفسها حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضاً أو قبولاً ، اعتباراً بأن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة ، وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أياً كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء[١] .

٦ – متى كانت محكمة أول درجة قد قضت فى الشق الأول من الدعوى – بشأن صحة ونفاذ عقد البيع – بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة ، وفى الشق الثانى – بشأن طلب التدخل – بعدم قبول التدخل أخذاً بتخلف شرط الصفة والمصلحة فى المؤسسة المتدخلة ، فإن محكمة أول درجة تكون بذلك قد استنفدت ولايتها فى النزاع القائم ، وقالت كلمتها فى موضوع الدعوى بشقيها ، ولما كانت محكمة الاستئناف قد تحققت من وجود الصفة والمصلحة للمتدخلة وقضت بإلغاء حكم محكمة أول درجة وبقبول تدخل المؤسسة ، فإنه يتعين عليها ألا تقف عند هذا الحد بل تمضى فى الفصل فى موضوع طلب التدخل وتحقيق دفاع الخصوم فى الدعوى الأصلية ودفاع المتدخلة بشأنها باعتبار أن الاستئناف ينقل الدعوى برمتها إلى المحكمة الاستئنافية ، ولا يسوغ

(١) نقض ٣ / ٢ / ١٩٧٠ مجموعة المكتب الفنى س ٢١ ص ٢٢١ .

لها التخلى عن الفصل فى هذا الطلب إلى محكمة أول درجة ، لأن الفصل فى موضوع طلب التدخل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة[٢] – لا يعد منها تصدياً ، وإنما هو فصل فى طلب استنفدت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه .

٧ – طبقاً للمادة ٥٥ من القانون المدنى الملغى – الذى تمت الوصية فى ظله – تسرى على الوصية أحكام قانون بلد الموصى وقت وفاته . وإذ كان الثابت أن الموصى يونانى الجنسية ، وقد حُررت الوصية فى ٢١ من أبريل سنة ١٩٣٦ وشهرت عقب وفاته أمام المحكمة القنصلية اليونانية بالزقازيق بتاريخ ١٢ من أغسطس ١٩٣٧ فإنه يطبق فى شأنها القانون الذى تشير به قواعد الإسناد وهو القانون المدنى اليونانى دون القانون المدنى المصرى أو الشريعة الإسلامية .

٨ – المناط فى استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق – وفق المادة ٢٨ من القانون المدنى – هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتصل بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ، ولا يدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى صدد شرط المنع من التصرف .

الطعن رقم ١٧ لسنة ٤٣ قضائية « أحوال شخصية » .

جلسة ٥ من نوفمبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٣٧٦ »

(١) أحوال شخصية « ميعاد الطعن بالنقض » . قانون « إلغاء التشريع » نقض « ميعاد الطعن » .

ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية . ستون يوماً . م ٢٥٢ / ١ مرافعات . علة ذلك .

(٢) نقض ٣ / ٢ / ١٩٧٠ مجموعة المكتب الفنى س ٢١ ص ٢٢١ .

(٢) أحوال شخصية « تغيير الدين » .

للشخص أن يغير دينه أو مذهبه . ليس لأية جهة قضائية البحث فى ذلك إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها .

(٣) نقض « السبب المجهل » حكم « القصور » .

عدم إيضاح الطاعنة فى تقرير الطعن ماهية الاعتراضات التى ساقتها وما قصر الحكم فى تحقيقها أو الرد عليها . النعى بذلك . مجهل وغير مقبول .

(٤) ، (٥) ، (٦) أحوال شخصية « الطلاق الرجعى » .

(٤) الطلاق الرجعى . حكمه . أثره .

(٥) الرجعة ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة . هى حق ثابت مقرر للزوج وحده ولا يملك إسقاطه . لا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها .

(٦) مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها لا يعتبر رجعة . علة ذلك .

(٧) أحوال شخصية « طلاق » . حكم « تسبيب الحكم » .

الحكم بإثبات الطلاق بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية . إيراده تقريرات مخالفة . لا عيب .

١ - إذ كان المقصود بإلغاء التشريع ونسخه هو رفع حكم قانونى بحكم قانونى آخر متأخر عنه بما يترتب عليه بطلان العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن يتم ذلك بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً ، بأن يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ، وكان من الجائز أن يتم إلغاء التشريع إما عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه أو الاقتصار على إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد ، بمعنى أنه لا يلزم أن يشتمل النص الناسخ على بديل للحكم المنسوخ ، وكان ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات المضافة بموجب القانون رقم

١٢٦ لسنة ١٩٥١ - قبل وبعد تعديلها بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ - من أن ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية ثمانية عشر يوماً قد صار إلغاؤه صراحة بموجب المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام النقض ، وقررت المادة ٢٩ منه إزالة التفرقة - فى ميعاد الطعن وإجراءاته - بين المسائل المدنية والتجارية وبين مواد الأحوال الشخصية ، وكان ما جرت به الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ من العودة إلى الأحكام المنظمة للطعن بطريق النقض التى كان معمولاً بها قبل صدور القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذى استحدث دوائر فحص الطعون ومن بينها حكم المادة ٨٨١ / ١ من قانون المرافعات قد صاحبه صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ الذى جعل ميعاد الطعن بالنقض فى كافة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ستين يوماً منذ العمل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، مما يدل على أن الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات قد ظلت منسوخة ضمناً لوجود تعارض بين نصين وردا بمقتضى المادة الأولى من مواد إصدار قانون المرافعات القائم لا يستطيل إلى الفقرة الأولى منها لأنه لم يكن لها وجود عند صدوره وظلت هذه الفقرة منسوخة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ على نحو ما سلف ، وبقى ميعاد الطعن بالنقض فى كافة المسائل ومن بينها مواد الأحوال الشخصية موحداً ، لما كان ما تقدم ، وكان إلغاء القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ وتعديلاته بموجب قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ليس من شأنه أن يبعث من جديد نص الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات الملغاة طالما لم ينص المشرع صراحة على العودة إليها ، وكان مفاد المادة ٨٦٨ من قانون المرافعات الواردة فى الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والتى استبقاها قانون المرافعات الحالى -

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة[1] - أن الطعن بطريق النقض تحكمه القواعد العامة فى قانون المرافعات فيما لا يتعارض مع النصوص الواردة بالكتاب الرابع ، وكانت المادة ٢٥٢ / ١ من قانون المرافعات تنص على أن ميعاد الطعن ستون يومًا فإن هذه المادة هى التى تحكم ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية كما هو الحال فى سائر المواد المدنية والتجارية .

٢ - المستقر فى قضاء هذه المحكمة[2] أن للشخص أن يغير دينه أو مذهبه ، وهو فى هذا مطلق الإرادة تحقيقًا لمبدأ حرية العقيدة ، إذ الاعتقاد الدينى مسألة نفسية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها .

٣ - إذ كانت الطاعنة لم توضح فى تقرير الطعن ماهية الاعتراضات التى ساقتها أمام محكمة أول درجة على شهادة تغيير الملة والتى تزعم أن الحكم قد قصر فى تحقيقها أو الرد عليها للوقوف على صحة ما تتحدى به فى هذا الخصوص ، فإن النعى يكون مجهلاً وبالتالى غير مقبول .

٤ - الطلاق الرجعى يرفع قيد الزواج الصحيح فى المآل لا فى الحال ، ولا يزيل ملكًا ولا حلاً ما دامت العدة قائمة ، ويترتب عليه أثران ، أولهما نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تمحو هذا الأثر ، وثانيهما تحديد الرابطة الزوجية بانتهاء العدة بعد أن كانت غير محددة .

٥ - لئن كانت الرجعة عند الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة[3] - هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة ، وهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة

---

(١) نقض ٢٥ / ٢ / ١٩٦١ مجموعة المكتب الفنى س ١٢ ص ٣٠

(٢) نقض ٢٩ / ١ / ١٩٦٩ مجموعة المكتب الفنى س ٢٠ ص ١٨٧

(٣) نقض ٣١ / ٥ / ١٩٧٢ مجموعة المكتب الفنى س ٢٣ ص ١٠٥٣ .

وتكون بالقول أو بالفعل ، إلا إنها حق ثابت مقرر للزوج وحده دون سواه ولا يملك إسقاطه ، ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها ، ولو بدر من الزوجة ما يفيد الرجعة ، فلا تكون ثمة مراجعة لأنها حق للزوج لا لها .

٦ - مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها لا يعتبر رجعة ، لأن حكم الطلاق الرجعى لا يؤثر على قيام الزوجية ما دامت الزوجة فى العدة ، فيحق لها البقاء فى البيت الذى تساكن فيها زوجها قبل الطلاق .

٧ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إثبات الطلاق ، وكان ما خلص إليه فى هذا الشأن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يعيبه ما أورده من تقريرات مخالفة أيًا كان وجه الرأى فيها .

الطلب رقم ٢٠ لسنة ٤٣ القضائية « رجال القضاء »

جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٩٤ »

(١) قانون . قضاة . عزل .

اعتبار القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية منعدمًا . مؤداه . عدم صلاحيته كأداة لإلغاء أو تعديل قانون السلطة القضائية ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أو أساسًا لصدور قرار جمهورى بالعزل من ولاية القضاء .

(٢) اختصاص « اختصاص محكمة النقض » . قرار إدارى .

طلب تعيين الطالب بدرجة رئيس محكمة أو ما يعادلها . خروجه عن ولاية محكمة النقض . علة ذلك . اقتصار ولايتها على قضاء الإلغاء .

(٣) قضاة . عزل . تعويض .

ثبوت أن ضررًا ماديًا محققًا لحق بالطالب بسبب عزله من ولاية القضاء - على خلاف القانون - قبل بلوغه سن التقاعد . وجوب إجابة طلب التعويض عن هذا الضرر . الحكم بإلغاء القرارات المتضمنة للعزل . اعتبار ذلك تعويضًا مناسبًا لجبر الضرر الأدبى .

متى كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على انعدام القرار الجمهورى

بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات إعادة التعيين أو النقل محالين إلى المعاش فإنه لا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل أحكام قانون السلطة القضائية فى شأن محاكمة القضاة وتأديبهم ، كما لا يصلح أساسًا لصدور القرار الجمهورى رقم ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من عزل الطالب من ولاية القضاء . وإذ كان قرار وزير العدل رقم ٩٢٧ لسنة ١٩٦٩ قد أنهى خدمته تنفيذًا للقرار المشار إليه ، فإنه يتعين إلغاء هذه القرارات ، وإعتبارها عديمة الأثر فى هذا الخصوص .

٢ – إذ كانت ولاية هذه المحكمة مقصورة على قضاء الإلغاء ، فإن طلب تعيين الطالب بدرجة رئيس محكمة يكون خارجًا عن ولايتها .

٣ – متى كان الثابت من الأوراق أن ضررًا ماديًا محققًا قد لحق بالطالب بسبب عزله من وظيفته قبل بلوغه سن التقاعد فى ٩ / ١٠ / ١٩٦٩ واستمرار بقائه فى الخدمة حتى ٣٠ / ٦ / ١٩٧٠ عملًا بنص المادة ٧١ / ٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، فإن المحكمة تقدره فى الظروف التى أحاطت بالطالب بمبلغ .... أما الضرر الأدبى فإن المحكمة ترى فى إلغاء القرارات المتضمنة عزل الطالب التعويض المناسب لجبر هذا الضرر .

الطلب رقم ٤٩ لسنة ٤٢ القضائية « رجال القضاء »

جلسة ٦ من مارس سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٣ »

(١) استقالة . موظفون .

(١) منح الطالب – وهو بدولة الكويت – أجازة مرضية طبقًا للائحة القومسيونات الطبية المصرية . مد تلك الأجازة ستة أشهر دون اتباع أحكام تلك اللائحة . صدور القرار المطعون فيه باعتباره مستقيلًا لانقطاعه بدون إذن عن عمله مدة ثلاثين يومًا . لا خطأ .

(٢) اعتبار الطالب مستقيلًا لانقطاعه بدون إذن عن عمله مدة ثلاثين يومًا . لا محل لإنذاره قبل اعتبار خدمته منتهية وفقًا للمادة ٧٣ من القانون ٥٨

لسنة ١٩٦١ بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة .

(٣) استقالة . قرار إدارى .

القرار الصادر باعتبار القاضى مستقيلًا لانقطاعه عن عمله مدة ثلاثين يومًا بدون إذن . اعتباره قرارًا إداريًا كاشفًا . ارتداد أثره إلى تاريخ الواقعة المسببة لصدوره .

١ – تنص المادة ٧٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ التى تحكم واقعة النزاع على أن « القاضى يعتبر مستقيلًا إذا انقطع عن عمله مدة ثلاثين يومًا كاملة بدون إذن ولو كان ذلك بعد انتهاء مدة أجازته أو إعارته أو ندبه لغير عمله » وتنص المادة ١٨ من القرار الجمهورى رقم ٧٣٩ لسنة ١٩٦٢ بأحكام لائحة القومسيونات الطبية على أنه « يجب على كل موظف أو عامل موجود خارج جمهورية مصر العربية ، وطرأت عليه حالة مرضية تستدعى منحه أجازة مرضية أو امتدادًا لها ، أن يخطر أقرب سفارة أو مفوضية أو قنصلية تابعة للجمهورية العربية المتحدة فى حدود الدولة الموجود فيها التى تقوم بإحالته إما على الطبيب الملحق بها أو طبيب معتمد لديها ثم تتولى بعد التصديق على صحة توقيع الطبيب إرسال نتيجة الكشف إلى الوزارة أو المصلحة التابع لها ، وعلى الوزارة أو المصلحة إرسال هذه النتيجة إلى الإدارة العامة للقومسيونات الطبية بوزارة الصحة للنظر فى اعتمادها، وفى حالة عدم وجود تمثيل سياسى أو قنصلى للجمهورية العربية المتحدة فيتم الكشف بمعرفة طبيب ويكتفى بالتصديق على نتيجة الكشف من الإدارة الصحية الأجنبية المختصة ، ثم ترسل النتيجة للإدارة العامة للقومسيونات الطبية بوزارة الصحة للنظر فى اعتمادها » ، وإذ كان الطالب قد اتبع أحكام هذه اللائحة ومنح أجازة مرضية لمدة ثلاثة أسابيع من إدارة المستوصفات بوزارة الصحة العامة بدولة الكويت واعتمد القومسيون الطبى بمصر هذه الأجازة على أن تحتسب من ١١ / ٣ / ١٩٧٢ وتنتهى فى ٣١ / ٣ / ١٩٧٢ ولكنه لم يقم بمراعاتها عندما رغب فى مد الأجازة من إخطار للسفارة المصرية

حتى تقوم بإحالته للكشف عليه ، ثم اعتماد الكشف من القومسيون الطبى بجمهورية مصر العربية ، فإن استناده إلى الشهادة الصادرة من مستشفى الصباح بالكويت بامتداد أجازته ستة أشهر من ١٨ / ٣ / ١٩٧٢ يكون عديم الأثر لعدم اتباع الإجراءات التى توجب لائحة القومسيونات الطبية المصرية القيام بها ، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه إذ اعتبره مستقيلاً لانقطاعه عن عمله مدة ثلاثين يومًا كاملة بدون إذن من ١ / ٤ / ١٩٧٢ ، لامخالفة فيه للقانون .

٢ – اذا كان القرار المطعون فيه لم يخالف الدستور إذ انه لم يعزل الطالب من عمله ، وانما اعتبره مستقيلا إعمالا لنص المادة ٧٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ وكان لا محل للاحتجاج بنص المادة ٧٣ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة من وجوب إنذار الموظف قبل اعتبار خدمته منتهية ، ما دام أن قانون السلطة القضائية قد عالج الحالة بنص صريح فى المادة ٧٩ المذكورة فإن طلب الطالب إلغاء قرار وزير العدل بإنهاء خدمته يكون فى غير محله .

٣ – متى كان نص المادة ٧٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ صريحا فى اعتبار القاضى مستقيلا إذا انقطع عن عمله مدة ثلاثين يوما كاملة بدون إذن ، وكان القرار الصادر من جهة الإدارة باعتباره مستقيلا ، يعتبر من القرارات الإدارية الكاشفة التى يرتد أثرها إلى تاريخ الواقعة المسببة لصدوره فإنه لا يكون ثمة محل لإجابة طلب تعديل تاريخ الاستقالة وجعله من تاريخ صدور ذلك القرار .

الطلب رقم ٦ لسنة ٤٢ ق . « رجال القضاء »

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٢٣ »

استقالة . قضاء . قرار إدارى .

انقطاع الطالب عن عمله مدة ثلاثين يوما بعد انتهاء أجازته للالتحاق بعمل آخر . اعتبار هذا الانقطاع استقالة ضمنية . صدور القرار المطعون فيه بإنهاء

خدمته . لا يعد إساءة لاستعمال السلطة .

مفاد نص المادة ٧٩ / ٢ ، ٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ – الذى يحكم واقعة الدعوى – أن خدمة القاضى تنتهى بما يعتبر استقالة ضمنية فى حكم الجزاء إذا انقطع عن عمله لمدة تستطيل إلى ثلاثين يوما كاملة ، ولو كان هذا الانقطاع عقب أجازة أو إعارة أو ندب فمجاوزة مدة الأجازة المرخص فيها شأنه فى ذلك شأن الانقطاع عن العمل بدون إذن يقيم قرينة ترك العمل للاستقالة ، ولا ترتفع هذه القرينة إلا إذا انقضى الافتراض القائمة عليه بعودة القاضى وتقديمه أعذاراً جدية تخضع لتقدير المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، وفى هذه الحالة يعتبر غير مستقيل وتحسب مدة غيابه أجازة من نوع الأجازة السابقة ، أو أجازة اعتيادية بحسب الأحوال فإذا لم يعد القاضى أو عاد وقدم أعذارا تبين عدم جديتها اعتبرت خدمته منتهية بأثر رجعى ، يرتد إلى تاريخ انقطاعه عن العمل . وإذ كان الطالب قد انقطع عن عمله للالتحاق بعمل آخر قبل أن يصدر قرار بإعارته له طبقا للقانون ، وكان مثل هذا التخلف عن العمل الذى يهجر فيه القاضى عامدا متعمدا أعباء الوظيفة المسندة إليه يعتبر استقالة ضمنية فى حكم المادة ٧٩ سالفة الذكر ، فإن القرار المطعون فيه وقد قام على سبب يبرره فى الواقع والقانون وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ، فإنه يكون قد صدر صحيحا مبرءًا من عيب إساءة استعمال السلطة .

الطلبان رقما ٨٨ لسنة ٤٢ ، ٥١ لسنة ٤٣ ق « رجال القضاء »

جلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٣ »

(١) نقل « نقل نوعى » . قرار إدارى .

موافقة المجلس الاستشارى الأعلى للنيابة على نقل الطالب إلى وظيفة غير قضائية . مؤدى ذلك . اعتبار القرار المطعون فيه فيما تضمنه من هذا النقل قائما على حالة واقعة تبرر إصداره . استناد ذلك القرار إلى القرار بقانون ٨٣ لسنة

١٩٦٩ الذى جرى قضاء محكمة النقض على اعتباره منعدما . لا أثر له .

(٢) إجراءات « ميعاد تقديم الطلب » .

وجوب تقديم الطلب خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به .

(٣) نقل « نقل نوعى » . قانون .

القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ . قصر نطاق الاستفادة من أحكامه على أعضاء الهيئات القضائية الذين أحيلوا إلى المعاش أو نقلوا إلى وظائف أخرى تطبيقا لأحكام القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ . نقل الطالب إلى وظيفة غير قضائية بالتطبيق لأحكام قانون السلطة القضائية . لا محل لتطبيق أحكام القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٣ .

١ - إذ كانت المادة ١٣٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ - الواردة فى الفصل الخاص بتأديب أعضاء النيابة - قد نصت فى فقرتها الثالثة على أن أحكام هذا الفصل لا تمس ما للحكومة من الحق فى فصل أى عضو من أعضاء النيابة العامة أو نقله إلى وظيفة أخرى غير قضائية دون وساطة مجلس التأديب ، وذلك بعد أخذ رأى المجلس الاستشارى الأعلى للنيابة بالنسبة إلى أعضاء النيابة حتى وظيفة وكيل النائب العام ، وكان الثابت بالأوراق أن هذا المجلس قد وافق على نقل الطالب إلى وظيفة أخرى غير قضائية ، فإن القرار الجمهورى رقم ١٦٠٥ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من نقله إلى وظيفة بوزارة الحكم المحلى يكون قد قام على حالة واقعية ، تتطلب تدخل الجهة الإدارية المختصة ، فتعتبر أساسا لوجوده ومبررا لإصداره . ولا يغير من ذلك صدور القرار المشار إليه مستندا إلى أحكام القرار بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية - الذى جرى قضاء هذه المحكمة على اعتباره منعدما لمخالفة نص قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ومقتضاه - فلا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل قانون السلطة القضائية سالفة الذكر ذلك أن الخطأ فى بيان

القاعدة القانونية التى يستند إليها القرار الإدارى لا يترتب عليه انعدام ذلك القرار طالما كان قد استوفى شرائطه وفقا لقانون قائم ، ومن ثم يخضع من حيث الطعن فيه للمواعيد المقررة .

٢ - توجب المادة ٩٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ تقديم الطلب خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر القرار المطعون فيه فى الجريدة الرسمية أو إعلان صاحب الشأن به . وإذ كان القرار رقم ١٦٠٥ لسنة ١٩٦٩ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٤ / ٩ / ١٩٦٩ ولم يقدم الطلب إلا فى ٣١ / ١٢ / ١٩٧٢ فإنه يكون مقدما بعد الميعاد .

٣ - إذ نص القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ فى المادة الأولى منه على أن « أعضاء الهيئة القضائية الذين اعتبروا محالين إلى المعاش أو نقلوا إلى وظائف أخرى تطبيقا لأحكام القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ولم يعادوا إلى وظائفهم السابقة تطبيقا لأحكام القرار بقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧١ أو تنفيذا لأحكام قضائية يعادون إلى وظائفهم السابقة فى الهيئات القضائية ، وذلك متى أبدوا رغبتهم كتابة إلى وزير العدل فى العودة إلى تلك الوظائف فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ العمل بهذا القانون » فقد دل على أنه لا يفيد من أحكام القانون المذكور إلا الذين أحيلوا إلى المعاش أو نقلوا إلى وظائف أخرى تطبيقا لأحكام القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، وإذ انتهت المحكمة إلى أن نقل الطالب إلى وظيفة غير قضائية إنما كان إعمالا للحق المخول للحكومة بمقتضى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، فإنه لا يستفيد من أحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ .

الطعن رقم ٥٠٣ لسنة ٤٠ قضائية :

جلسة ٣ من يونيه سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١١٤١ »

(١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) عقد « عقد إدارى » . مسئولية « مسئولية عقدية » . قرار إدارى .

(١) توقيع الجزاءات فى العقود الإدارية . منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة . جواز إعفائها المتعاقد معها من آثار مسئوليته عن التأخير فى تنفيذ التزامه أو التخلف عنه .

(٢) العقد الإدارى يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين . لجهة الإدارة فى حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مصادرة التأمين وفرض جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء إلى القضاء أو إثبات أن ضررا قد أصابها . جواز إعفائها له من تطبيق هذه الجزاءات .

(٣) إعفاء جهة الإدارة لمتعهد التوريد من آثار مسئوليته لتخلفه عن تنفيذ التزامه . لا ينطوى على تصرف مجانى فى أموال الدولة .

(٤) إعفاء متعهد التوريد من مصادرة التأمين ومن الغرامة . قرار إدارى . لا يعد ذلك مجرد تسوية مالية خاطئة . عدم سحب جهة الإدارة لهذا القرار ، أو الطعن عليه فى الميعاد . أثره . اكتساب صاحب الشأن حقا فيما تضمنه .

١ - متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استند فى نفى المسئولية عن مورث المطعون عليهم الثلاثة الأول إلى أن الذى أصدر القرار الإدارى بإعفاء متعهدى التوريد من الغرامة ، ورد التأمين إليهما إنما هو وزير الحربية ذلك أن لجنة الاحتياجات صادرت التأمين المدفوع من كل منهما فقدم كلاهما التماسا بهذا الشأن ضمنه أن أسبابا دولية خارجة عن إرادته عاقت تنفيذ التزاماته بتوريد الطائرات . وعرض الالتماسان على مورث المطعون عليهم الثلاثة الأول رئيس لجنة الاحتياجات ثم على وكيل وزارة الحربية فأبدى كل منهما رأيه بالموافقة ورفع الأمر إلى الوزير فأصدر قرارا بالإعفاء من الغرامة والمصادرة بصفة استثنائية بعد أن اقتنع بالظروف التى حالت دون تنفيذ عقدى التوريد وانتهت المحكمة من ذلك إلى أن إبداء الرأى بشأن الالتماس

المذكور وعرضه على وكيل الوزارة لا يعتبر خطأ من جانب من أبدى الرأى وإنما يتحمل الوزير وحده المسئولية كاملة ، ولما كان توقيع الجزاءات فى العقود الإدارية منوطا بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقود ولهذا فإن لها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تقدر ظروف المتعاقد فتعفيه من آثار مسئوليته عن التأخير فى تنفيذ التزاماته أو التخلف عنه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد نفى الخطأ عن مورثى المطعون عليهم ، وكانت الأسباب التى استند إليها وعلى ما سلف البيان تكفى لحمله ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أو شابه قصور فى التسبيب .

٢ - العقد الإدارى يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين شأنه فى ذلك شأن العقد المدنى . وإذا كان ذلك العقد تحكمه أصول القانون الإدارى وهى تقضى بأنه يحق لجهة الإدارة فى حالة عدم التنفيذ أن تصادر التأمين الإدارى وهى تقضى بأنه يحق لجهة الإدارة فى حالة عدم التنفيذ أن تصادر التأمين وتفرض على المتعاقد جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء للقضاء للحكم بها ودون أن تلتزم باثبات أن ضررا قد أصابها ، إلا لجهة الإدارة أن تقدر الظروف التى تم فيها الفسخ فتعفى المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فى العقد كلها أو بعضها بما فى ذلك مصادرة التأمين وتوقيع الغرامة .

٣ - متى كانت جهة الإدارة قد أفصحت عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بإعفاء مورث المطعون عليهم من الرابع إلى الثامنة - متعهد التوريد - من آثار مسئوليته عن التخلف عن تنفيذ التزامه وهو أمر يدخل فى حدود سلطتها التقديرية ، ومن ثم فلا ينطوى على تصرف مجانى فى أموال الدولة يتعين معه اتخاذ الاجراءات التى يتطلبها الدستور وما نصت عليه اللائحة المالية للميزانية والحسابات التى أشار إليها الطاعنان فى سبب النعى .

٤ – متى كان ما أصدرته جهة الإدارة – من إعفاء متعهد التوريد من مصادرة التأمين ومن الغرامة – هو قرار إدارى ، وإذ ترتب على صدوره مصلحة للمتعهد بالتوريد ولم تسحبه جهة الإدارة خلال المدة التى كان جائزا فيها سحبه كما لم يطعن عليه ذو شأن فى الميعاد القانونى ، فإنه يكون قد أصبح حصينا من السحب والإلغاء ويصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه ، ومن ثم فلا وجه للقول بأن عمل الإدارة بهذا الخصوص هو مجرد تسوية مالية خاطئة يجوز العدول عنها .

الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣٦ القضائية

جلسة ٥ من مارس سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ١٢ »

(١) بطلان « بطلان الإجراءات » محاماة .

إغفال المحامى استصدار إذن من النقابة قبل أن يشكو زميلا له أو يتخذ إجراءات قانونية ضده . المادة ٣١ ق ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . لا يؤدى إلى بطلان الإجراء . مخالفة المحامى لهذا النص . أثرها . مساءلته تأديبيا .

(٢) حكم « تسبيب الحكم » . محكمة الموضوع . محاماة . عرف .

نفى الحكم بأسباب سائغة قيام نية التبرع فى مباشرة المحامى للقضايا الخاصة بزميل له . استخلاص موضوعى تستقل به محكمة الموضوع . لا محل للتحدى بقيام عرف يقضى بعدم اقتضاء الأتعاب ، طالما أن الحكم قد دلل بأسباب سائغة على اتفاق الطرفين على خلافه .

١ – إذ جرى نص المادة ٣١ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ – المنطبق على واقعة الدعوى – بأنه « على المحامى الذى يريد أن يشكو زميلا له أو يتخذ إجراءات قانونية ضده أن يحصل على إذن فى ذلك من مجلس النقابة ، ويجوز فى حالة الاستعجال صدور هذا الإذن من النقيب » فإنه يكون قد دل بذلك على أن الخطاب فى هذا النص موجه إلى المحامى الشاكى أو متخذ الإجراء

مما يعنى أن إقدامه على تلك المخالفة يؤدى إلى مساءلته تأديبيا ، وإذ كان المشرع لم يرتب البطلان على مخالفة حكمه ، فإن إغفال المحامى استصدار ذلك الإذن قبل مباشرة الإجراء لا يعيبه .

٢ – إذ كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام نية التبرع – فى مباشرة قضايا الطاعن – لدى المطعون ضده – محام – ودلل على ذلك بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهى إليه ، وهو من الحكم استخلاص موضوعى مما تستقل به محكمة الموضوع . ولا رقابة عليها فيه من محكمة النقض وكان لا محل لما يتحدى به الطاعن – محام – من أن ثمة عرفا يجرى بمجاملة المحامى لزميله بعدم اقتضاء أتعاب منه ، ذلك أنه بفرض قيام هذا العرف ، فقد دلل الحكم المطعن فيه بأسباب سائغة على اتفاق الطرفين على خلافه مما ينتفى معه وجه الاستناد إليه ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر ، ورتب عليه اختصاص اللجنة المشكلة بقرار مجلس النقابة بنظر طلب تقدير الأتعاب ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ١٦٥ لسنة ٣٨ القضائية

جلسة ٢٠ من أبريل سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ٧١٣ »

(١) عمل . مؤسسات عامة . شركات « شركات القطاع العام » . اختصاص « اختصاص ولائى » موظفون . قرار إدارى .

العاملون بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . علاقتهم بها تعاقدية لا تنظيمية . خضوعها لأحكام قوانين العمل ولنظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . عدم اعتبار القرارات التى تصدرها الشركات فى شأنهم قرارات إدارية . اختصاص القضاء العادى بنظر المنازعات المتعلقة بهذه القرارات .

(٢) اختصاص « اختصاص ولائى » . مؤسسات عامة . شركات . « شركات القطاع العام » . عمل . قانون .

منشور الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة المنظم لإجراءات التظلم من قرارات التقييم . تعليمات إدارية ليست لها منزلة التشريع . عدم التعويل على ما تضمنه بشأن الجهة المختصة بنظر التظلم من قرارات التقييم . انعقاد الاختصاص للقضاء العادى بنظر التظلم من هذه القرارات .

١ – مؤدى نص المادتين الأولى والثانية من نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادر بالقرار الجمهورى رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ الذى يحكم واقعة الدعوى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن علاقة العاملين بتلك الشركات هى علاقة تعاقدية لا تنظيمية – تخضع لأحكام قوانين العمل كما تخضع لأحكام ذلك النظام باعتباره جزءًا متمما لعقد العمل . وإذ كان مقتضى ذلك أن القرارات التى تصدرها هذه الشركات فى شأن هؤلاء العاملين لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية ، فإن جهة القضاء العادى تكون هى المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بهذه القرارات .

٢ – إذ كان منشور الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة المؤرخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٦٥ الذى رتب عليه الحكم قضاءه لا يعدو أن يكون مجرد تعليمات إدارية ليست لها منزلة التشريع ولا يمكن أن تعدل من قواعد اختصاص جهات القضاء لأن هذا التعديل لا يجوز إجراؤه إلا بقانون ، فإن الاختصاص بنظر هذا النزاع يظل معقودا لجهة القضاء العادى – لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الدعوى استنادًا إلى أن الاختصاص بنظر التظلم من قرارات التسوية والتقييم معقود للجان التى أنشأها ذلك المنشور وحدها ويخرج عن ولاية القضاء العادى ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق « أحوال شخصية »

جلسة ٤ من ديسمبر سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ١٣٢٩ »

(١) أجانب . قانون . قناصل .

اختصاصات البعثات القنصلية . الرجوع فيها لقواعد القانون الدولى العام . للقنصل اختصاصات إدارية بالنسبة لمواطنيه وفقا لقوانين دولته ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة الموفد إليها .

(٢ ، ٣) أجانب . عرف . قناصل . معاهدات .

(٢) معاهدة مونترو الخاصة بإلغاء الامتيازات الأجنبية . أثرها على سلطات القناصل . حق القنصل فى توثيق المحررات الخاصة برعايا دولته . قائم على الرضا الضمنى المستند إلى شرط التبادل وإلى العرف الدولى . المقصود بشرط التبادل .

(٣) قيام قناصل الدول الأجنبية فى مصر بأعمال التوثيق . ليس هناك نص تشريعى يحظر قيامهم بذلك . اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية . بيانها وظائف القنصل .

(٤ ، ٥) أجانب . أحوال شخصية . قانون . عقد .

(٤) قانون التوثيق ٦٨ لسنة ١٩٤٧ . استمرار تطبيق قواعد القانون الدولى بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب .

(٥) حق الأجانب المقرر لهم فى التوثيق تطبيقا لقواعد الإسناد فى القانون الدولى الخاص . عدم المساس به بصدور القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدل لقانون التوثيق ٦٨ لسنة ١٩٤٧ .

(٦) أجانب . قانون . قناصل . عقد .

سلطة القناصل فى توثيق العقود . لا تنقص من سيادة الدولة . علة ذلك .

(٧ ، ٨) أحوال شخصية . قانون . قناصل . وصية .

(٧) الوصية تعد من مسائل الأحوال الشخصية . قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع . نطاقها . لا شأن لهذه القاعدة بمسائل الأحوال الشخصية .

(٨) للموصى الأجنبى أن يفرغ الوصية فى الشكل المقرر فى قانون دولته ، أو فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية . المادة ١٧ مدنى . التجاؤه إلى قنصل دولته لتوثيق الوصية . وجوب تطبيق قانون ذلك القنصل على شكل المحرر .

(٩ ، ١٠) إثبات . تنفيذ . قانون . قناصل .

(٩) المحررات التى يجريها القناصل المصريون فى الخارج بوصفهم موثقين . لها ذات القوة الرسمية للمحررات الموثقة فى مصر . المادة ٦٤ ق ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن نظام السلكين الدبلوماسى والقنصلى .

(١٠) المحررات التى يوثقها القناصل الأجانب فى مصر وفقا لقانون دولهم . تعد محررات رسمية أجنبية لها حجيتها فى الإثبات . جواز تنفيذها فى مصر بعد شمولها بأمر التنفيذ وفقا لنص المادة ٤٩٦ مرافعات سابق .

(١١) حكم « تسبيب الحكم » . إثبات . قانون . وصية .

القانون الأجنبى . واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه . مثال فى وصية الأجنبى . جواز استناد الحكم إلى أحكام محكمة النقض والاستئناف الأثينية كعنصر من عناصر البحث فى تأويل القانون اليونانى .

١ - القواعد المنظمة للتمثيل القنصلى بصفة عامة مرجعها إلى قواعد القانون الدولى العام وضمن الاختصاصات المتعارف عليها للبعثات القنصلية ، قيام القناصل بعمل موثق العقود ومسجل الأحوال المدنية فضلا عن ممارسة بعض الاختصاصات ذات الطبيعة الإدارية بالنسبة لمواطنيه وفقا لأحكام قوانين الدولة التى ينتمى لها ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة الموفد إليها .

٢ - النص فى المادة الحادية عشرة ، من معاهدة مونترو الخاصة بإلغاء الامتيازات بمصر الصادر بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧ على أن يخضع قناصل الدول لقضاء المحاكم المختلطة مع مراعاة القيود المعترف بها فى القانون الدولى ، ولا يجوز بوجه خاص محاكمتهم بسبب أعمال وقعت منهم أثناء تأدية وظيفتهم ، ولهم بشرط التبادل أن يقوموا بالأعمال الداخلة فى الاختصاصات المعترف بها عادة للقناصل فى مواد

إشهادات الحالة المدنية وعقود الزواج والعقود الرسمية الأخرى والتركات والنيابة عن مواطنيهم الغائبين أمام القضاء ومسائل الملاحة البحرية وأن يتمتعوا بالحصانة الشخصية .. يدل على أن هذه المادة عمدت فى الفقرة الأولى منها إلى وضع حد للسلطات البوليسية والقنصلية التى كانت مخولة لموظفى السلك السياسى والقنصلى فى فترة قيام الامتيازات فأخضعتهم لقضاء المحاكم المختلطة صراحة ومهدت بفقرتها الثانية السبيل لإرساء مركز القناصل خلال فترة الانتقال طبقا للاختصاصات المألوفة والمتعارف عليها فى فقه القانون الدولى ، مما مفاده أن هذه الاختصاصات الأخيرة - ومن بينها حق القناصل فى توثيق المحررات الخاصة برعايا دولهم - لم تكن مستقاة من نظام الامتيازات وليست موقوتة بفترة الانتقال وإنما هى قائمة على الرضاء الضمنى المستند إلى شرط التبادل وإلى العرف الدولى المستقر وهو ما تشير إليه براءة اعتماد القنصل ، وتفيد قبوله بوظائفه المحددة له فى قانون دولته وعلى أن يباشرها وفقا لهذا القانون يؤيد هذا النظر أن المرسوم بقانون الصادر فى ٥ أغسطس ١٩٢٥ والخاص بالنظام القنصلى والذى ظل معمولا به حتى إلغائه بالقانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ كان يعطى فى المادة ٢٢ منه للقناصل المصريين حق تحرير العقود والمشارطات المتعلقة بالمصريين خاصة فى فترة قيام الامتيازات ، ثم خلال فترة الانتقال ، وكذلك فى المدة التالية لانتهائها . لما كان ذلك فإنه وإن كان المقصود بشرط التبادل ألا تسمح الدولة لقنصل دولة أجنبية بمباشرة وظيفة التوثيق إلا إذا كانت دولة هذا القنصل تسمح لقنصل الدولة الأولى بمباشرة ذات الوظيفة على إقليمها إلا أن نطاق التبادل المشار إليه يقتصر على مجرد الاعتراف للقنصل بأداء وظيفة التوثيق دون أن يمتد إلى التماثل والتطابق فى شروط أداء هذا الاختصاص وكيفية حصوله اعتبارا بأن القنصل بوصفه موثقا يخضع فى أدائه لقانون الدولة التى يمثلها هو .

٣ - العرف مصدر أصيل من مصادر القانون الدولى ، ولا يوجد

نص تشريعى فى مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية فى مصر بأعمال التوثيق ، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضع وبين ما نصت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية والتى انضمت اليها جمهورية مصر العربية اعتبارا من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتى تقضى بأن الوظائف القنصلية « تشمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسة الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإدارى ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها » .

٤ – إن ما جاء بالمذكرة الايضاحية لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ من أنه « ... ... قد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التى تتولى توثيق جميع المحررات أيا كانت ... ... وهذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين . إلا أنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار فى توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولى ... ... » وما أورده تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن ذات القانون من أنه « ... ... يقتضى توحيد جهات التوثيق أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة وأن تحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة بها والدفاتر والوثائق المتعلقة بها ... أما المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين فتختص بها مكاتب الوثيق إذ يجب أن تختص جهة واحدة بعد إلغاء المحاكم المختلطة بالتوثيق لغير المسلمين فى محررات أحوالهم الشخصية التى يتطلب القانون حالا أو مستقبلا توثيقها ، مع عدم حرمان الأجانب من حقهم فى توثيق هذه المحررات أمام جهاتهم القنصلية طبقا للقواعد العامة فى القانون الدولى الخاص ... ... » ما جاء بهذا التقرير وتلك المذكرة لا يعدو أن يكون إفصاحا من المشرع عن إرادته فى

توحيد جهات التوثيق التى كانت متفرقة ، وحرصا منه فى ذات الوقت على استمرار تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، دون أن تكون هناك أدنى صلة لذلك بمسألة الامتيازات الأجنبية أو فترة الانتقال التى صاحبت إلغاءها .

٥ – إن تعديل قانون التوثيق – ٦٨ لسنة ١٩٤٧ – بمقتضى القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ إثر إلغاء المحاكم الشرعية والملية ، لا علاقة له ألبتة بحق الأجانب المقرر لهم – فى التوثيق – تطبيقا لقواعد الإسناد فى القانون الدولى الخاص وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لذلك القانون الأخير بقولها إنه « بمناسبة صدور القانون بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج والإشهادات التى كانت تتولاها المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وقد وضع المشروع الحالى متضمنا هذا التنظيم .... » يؤيد ذلك أن قواعد الإسناد المشار إليها كان معمولا بها خلال سريان الامتيازات الأجنبية وفى فترة الانتقال فكانت المادة ٧٨ من القانون المدنى المختلط تنص على أن تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى قانون الدولة التابع لها الموصى » كما تنص المادة ٥٨ من القانون المدنى الأهلى على أن « تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى وكذلك فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة والمادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية اللتين تنصان على أن يرجع فى الوصايا إلى قانون بلد الموصى ، وظل هذا الوضع فى القانون المدنى الحالى عقب إلغاء الامتيازات إذ احتفظ بهذه القاعدة فيه مع تعميم فى الصياغة لتشمل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ومع تعيين الوقت الذى يعتد فيه ببيان القانون الواجب التطبيق وهو ما نصت عليه المادة ١٧ منه .

٦ – سلطة القناصل فى إجراء العقود الموثقة لا تنتقص من سيادة الدولة التى يباشرون على أرضها وظائفهم طالما أن لممثليها مباشرة السلطة ذاتها على وجه التبادل ، ذلك أن امتداد السلطة الإقليمية خارج حدود الدولة أمر تقتضيه دوافع المجاملة ، ومقتضيات الملاءمة واستمرار الحياة الدولية وحاجاتها .

٧ – أدخل المشرع المصرى الوصية ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال فى الدولة ، ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية ، فإن وجود عقارات التركة التى خلفتها الموصية فى مصر لا علاقة له بتوثيق الوصية فى حد ذاتها .

٨ – النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى على أن « يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ... » يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية فى التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته وإما فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية ، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصل طالما توافرت فيه الشرائط اللازمة لذلك الإجراء ، أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنبا إلى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ

الإقليمية فى التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية ، ويلزم الموثق فى هذه الحالة باتباع الشكل الذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار المخول للموصية فى سلوك أحد الطريقين المشار إليهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى منطويا على مخالفة للنظام العام ، فإن النعى على الحكم يكون ولا محل له .

٩ – النص فى الفقرة الثانية عشرة من المادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ باصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسى والقنصلى ، يعنى أن المحررات التى يجريها القناصل المصريون فى الخارج بوصفهم موثقين يكون لها ذات القوة الرسمية للمحررات التى تحرر وتوثق فى مصر ، وهو تطبيق لمبدأ الامتداد الإقليمى لسلطة الدولة خارج حدودها ولا يمكن أن يفيد النص قصر القوة الرسمية للعقود داخل حدود مصر وحدها . لا يغير من ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من المرسوم الصادر بتاريخ ٥ من أغسطس ١٩٢٥ والمعدل بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص بالنظام القنصلى كانت تقضى بأن للعقود التى يحررها القناصل المصريون فى الخارج « .. قوة العقود الرسمية ، وتكون واجبة التنفيذ فى القطر المصرى بمقتضى صورها المسلمة المصدق عليها بالصفة القانونية ، وتكون كذلك واجبة التنفيذ فى الخارج إذا أجازت ذلك العادات والاتفاقيات السياسية » لأن هذه الفقرة إنما تتعلق بتنفيذ المحرر الرسمى لا بقوته فى الإثبات ، ولم يجد المشرع داعيا لترددها فى القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ لأن القواعد العامة فى قانون المرافعات تغنى عنها .

١٠ – المحررات الرسمية التى تقوم بتوثيقها الجهات القنصلية فى مصر وفقا لقوانين الدول التى تتبعها تلك الجهات ، تعتبر محررات رسمية أجنبية فيكون لها بهذه المثابة حجيتها فى الإثبات ولكنها لا تتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد شمولها بالأمر بالتنفيذ وفق المادة ٤٩٦ من قانون المرافعات السابق .

- ١١ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى أحكام لمحكمة النقض والاستئناف الأثينية وإلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استأنس بها لتعرف الرأى السديد فى تأويل نصوص القانون اليونانى وكان لا يجدى الطاعنين التحدى بالفقرة الثانية من المادة ١٨٠٧ من القانون المدنى اليونانى ، لأن الثابت من تقريرات الحكم أن الموصية قد تصرفت بمقتضى وصيتها فى جميع تركتها وليس فى جزء منها ، ولما كان القانون الأجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، وكان الطاعنان لم يبينا النص القانونى الذى يحول بين الزوجة وبين إمكان التصرف فى نصيب زوجها - الموصى له به والذى توفى قبل وفاة الموصية - ضمن الوصية ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس .

الطعن رقم ٧ لسنة ٣٩ القضائية « أحوال شخصية »
جلسة ١٤ من فبراير سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ٢٥١ »

(١) أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالمصريين المسلمين . زواج . أهلية » .

عقد المعتوه زواجه بنفسه أو بوليه الأبعد . عقد موقوف على إجازة الولى الأقرب . الإجازة تثبت بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولا أو فعلا . الإجازة دلالة . معناها الشرعى .

(٢) أحوال شخصية . عرف . إثبات .

العرف فى مسائل الأحوال الشخصية . معتبر إذا عارض نصا مذهبيا . منقولا عن صاحب المذهب . علة ذلك .

١ - الرأى فى المذهب الحنفى أنه إذا زوج المعتوه نفسه أو زوجه وليه الأبعد مع وجود الأقرب ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، والإجازة تثبت بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولا أو فعلا ، ولما كان يبين من

الحكم المطعون فيه أن المرحوم .. زوج المعتوه بالمطعون عليها ، وهو من أقاربه البعيدين ، واعتبر الحكم أن الطاعن ، وهو شقيق المعتوه وولى النكاح الأقرب ، قد أجاز عقد الزواج دلالة بحضوره مجلس العقد ، واستئجاره مسكنا لشقيقه المذكور بعد الزواج للإقامة فيه مع زوجته ، وتردده عليهما فى ذلك المسكن واستلامه لشقيقه (المعتوه) من والد زوجته ، وتأخره فى رفع الدعوى ، ولما كانت هذه الأمور لا تدخل فى مفهوم الإجازة دلالة بمعناها الشرعى ، إذ لا تحمل أى معنى مشترك من المعانى التى وضعت لإجازة عقد الزواج ، وليست شرطا له ولا ركنا فيه ولا أثرا من آثاره ، ولا يوجد فيها معنى ثابت للإجازة ثبوتا قطعيا لا يحتمل الشك ، بل تحتمل أكثر من احتمال ، لأن سكوت ولى النكاح فى مجلس عقد زواج محجوره ، لا يكون رضا إذ يحتمل الرضا ويحتمل السخط ، ولأن تأجير الطاعن مسكنا للمعتوه بعد الزواج وزيارته فيه واستلامه من والد الزوجة ، أمور يباشرها ولى النفس باعتبار أنها من لوازم ولاية الحفظ ومقتضياتها الواجبة عليه نحو محجوره أو بدافع الشفقة عليه ، ولأن مضى المدة مهما طال أمدها لا يعتبر إجازة للعقد الموقوف ، وهو ما يتعين معه حسب النصوص الفقهية ألا تعتبر هذه الأمور منفردة أو مجتمعة إجازة بطريق الدلالة من الولى الأقرب لعقد زواج المعتوه ، وذلك ما لم يكن قد جرى عرف مخالف اعتبرها إجازة بالدلالة .

٢ - العرف معتبر إذا عارض نصا مذهبيا منقولا عن صاحب المذهب ، إذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف ، فيه تضييع حقوق كثيرة ، دون أن يكون فى ذلك مخالفة للمذهب .

الطلبان رقما ٢٤ لسنة ٤١ ، ١ لسنة ٤٢ ق « رجال القضاء »

جلسة ١٩ من أبريل سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ٥٣٩ »

(١) قانون . « إلغاء القوانين » . اختصاص . « الاختصاص الولائى » . قرار إدارى .

قرارات السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية . قرارات إدارية . مدى حجيتها . حق القضاء الإدارى فى إلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها . حيازتها حجية التشريع بإقرار المجلس النيابى .

(٢) قانون . « التفويض التشريعى » . عزل . قضاة .

التفويض التشريعى المقرر بق ١٥ لسنة ١٩٦٧ . سنده وحدوده . ما تضمنه القرار بق ٨٣ لسنة ١٩٦٩ – الصادر بالاستناد إلى هذا التفويض – من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات إعادة التعيين فى وظائفهم أو النقل إلى وظائف أخرى محالين إلى المعاش بحكم القانون . خروجه عن نطاق التفويض . أثر ذلك .

١ – القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية وإن كان لها فى موضوعها قوة القانون التى تمكنها من إلغاء وتعديل القوانين القائمة ، إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع ، فيكون للقضاء الإدارى بما له من ولاية الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أن يحكم بإلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها ، ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا أقرها المجلس النيابى شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر .

٢ – إذ كان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الصادر بإعادة تشكيل الهيئات القضائية قد صدر بناء على القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ الصادر من مجلس الأمة بتفويض رئيس الجمهورية بإصدار قرارات لها قوة القانون وكان مؤدى نص المادة الأولى من هذا القانون

الأخير أن التفويض يقتصر على الموضوعات المحددة به والضرورية لمواجهة الظروف الاستثنائية القائمة فى ذلك الوقت والتى أعقبها عدوان يونية سنة ١٩٦٧ ، وقد صدر هذا التفويض بناء على ما هو مخول لمجلس الأمة بمقتضى المادة ١٢٠ من دستور سنة ١٩٦٤ فإن القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الذى اعتبر رجال القضاء الذين لاتشملهم قرارات إعادة التعيين فى وظائفهم أو النقل إلى وظائف أخرى محالين إلى المعاش بحكم القانون ، يكون خارجا عن نطاق التفويض غير قائم على أساس من الشرعية لأن عزل القضاة لايجوز وفقا لدستور سنة ١٩٦٤ تنظيمه بأداة أدنى مرتبة من القانون .

الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٨ القضائية

جلسة ٢٦ من أبريل سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ٦٨٢ »

قانون . « إلغاء القانون » . دفوع . « الدفع بعدم الدستورية » ضرائب . « الرسوم المحلية » .

إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد . أثره . نسخ القواعد القديمة وإن لم تتعارض مع النظام الجديد . لوائح الإدارة العامة الصادرة تنفيذا للقانون القديم وبالنسبة لنصوصها المتوافقة مع القانون الجديد . بقاؤها نافذة فى ظل القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغائها . الدفع بعدم الدستورية فى هذه الحالة . غير جدى .

إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لا تتعارض مع النظام القانونى الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذا للقانون القديم ، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى تتوافق مع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول فى ظل القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغائها . وإذ كان القانون الجديد لبلدية الاسكندرية رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لها شخصيتها الاعتبارية العامة واختصاصها فى تسيير النظام المالى للبلدية وحقها فى تحصيل الإيرادات

لمواجهة ما تؤديه من خدمات والإنفاق على المرافق العامة المنوط بها إدارتها والجهاز الإدارى للمدينة ، فإن إلغاء الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ لا يستتبع إلغاء اللوائح السابق صدورها فى ظل الأمر الملغى ، ومنها القرار الصادر فى ٢١ / ١٠ / ١٩٤٢ بفرض رسوم بلدية على محال الخمور ، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد ، وإنما يبقى هذا القرار قائما حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه ، ويكون النعى عليه بعدم الدستورية غير جدى ، لأن الضرائب والرسوم المحلية لا يشترط أن يكون فرضها بقانون ، وإنما يكفى أن تصدر بناء على قانون .

الطلب رقم ١١ لسنة ٢٩ ق . « رجال القضاء »

جلسة ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ١٠٢٢ »

(١ ، ٢ ، ٣) إجراءات « ميعاد تقديم الطلب » قرار إدارى

(١) طلب تعديل الأقدمية . عدم تحققه إلا بإلغاء القرار الوزارى المحدد لها . خضوعه للميعاد المقرر فى المادة ٩٢ من القانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ الذى يحكم واقعة الطلب .

(٢) طلبات التسوية . استنادها إلى حق ذاتى مقرر مباشرة فى القانون وغير رهين بإرادة الإدارة . ما تصدره الإدارة فى هذا الشأن من أوامر وتصرفات . هى مجرد أعمال تنفيذية وليست قرارات إدارية .

(٣) الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية الخاصة بشئون القضاة . ثلاثون يوما من تاريخ النشر أو الإعلان . م ٩٢ ق لسنة ١٩٦٥ . العلم اليقينى يقوم مقام النشر أو الإعلان .

١ - متى كان الطالب قد انتهى إلى طلب تعديل أقدميته وإرجاعها إلى التاريخ الذى أكمل فيه ثلاث السنوات لصلاحيته للتعيين فى وظيفة وكيل نيابة ، واحتياطيا إلى التاريخ الذى تقرر فيه زيادة مرتبه بأثر رجعى ، وكان تحقق هذه الطلبات لا يتأتى الا بإلغاء قرار وزير العدل

فيما تضمنه من جعل أقدميته تالية للأستاذ .. وسابقة على الأستاذ .. مما يندرج فى قضاء الإلغاء ، فإنه يخضع بالتالى للميعاد المحدد فى المادة ٩٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بشأن السلطة القضائية الذى يحكم واقعة هذا الطلب ، ولا يعد من قبيل طلبات التسوية .

٢ - طلبات التسوية هى التى تقوم استنادا إلى حق ذاتى مقرر مباشرة فى القانون وغير رهين بإرادة الإدارة ، مما مؤداه أن يكون ما تصدره الإدارة من أوامر وتصرفات بهذه المناسبة مجرد أعمال تنفيذية تهدف إلى تطبيق القانون على حالة الطالب . ولا يكون هذا الإجراء من جانبها قرارا إداريا ، فى حين أن تحديد أقدمية من يعينون فى وظائف القضاء إنما هو أمر جوازى تمارسه الجهة الإدارية فى حدود المصلحة العامة ، وليس حقا ذاتيا يستمده الطالب من القانون مباشرة .

٣ - مفاد نص المادة ٩٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أن الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء فى القرارات الادارية الخاصة بشئون القضاة هو ثلاثون يوما من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به ، ويقوم مقام النشر أو الإعلان العلم اليقينى على ما جرى به قضاء هذه المحكمة .

الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٥ القضائية

جلسة ٢ من فبراير سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ١٢٦ »

(١) عمل . « المكافأة » . عرف .

المكافأة التى تصرف للعامل جزاء أمانته أو كفاءته . الأصل فيها أنها تبرع . لا تعد جزءًا من الأجر عند احتساب مكافأة نهاية الخدمة . الاستثناء . أحواله .

(٢) عمل . « بدل التمثيل » .

البدل . متى يكون جزءًا من الأجر ومتى لا يكون كذلك . بدل التمثيل .

(٣ ، ٤) عمل . « الأجر » . عرف . محكمة الموضوع . خبرة .

(٣) استخلاص المحكمة ما جرى عليه العرف من صرف مكافأة للعمال

واحتسابها ضمن الأجر . هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع .

(٤) عدم التزام محكمة الموضوع بندب خبير لتحقيق قيام عرف مخالف لما اقتنعت به فى هذا الصدد .

١ - الأصل فى المكافأة التى تصرف للعامل جزاء أمانته أو كفاءته والمنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة ٦٨٣ من القانون المدنى والمادة الثالثة من قانون العمل ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، أن تكون تبرعا من قبل رب العمل ، لا يلزم بأدائها ، ولا تعتبر جزءًا من الأجر عند احتساب مكافأة نهاية الخدمة ، إلا إذا كانت مقررة فى عقود العمل أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءًا من الأجر .

٢ - البدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إما أن يعطى إلى العامل عوضا له عن نفقات يتكبدها فى سبيل تنفيذه لعمله ، وهو على هذا الوضع لا يعتبر جزءًا من الأجر ولا يتبعه فى حكمه ، وإما أن يعطى له لقاء طاقة يبذلها أو مخاطر معينة يتعرض لها فى أدائه لعمله ، فيعتبر جزءًا من الأجر مرهونا بالظروف التى دعت إلى تقريره ، فيستحق بوجودها وينقطع بزوالها ، ولما كان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه لم يعتبر بدل التمثيل الذى يتقاضاه الطاعن جزءًا من الأجر لأنه يصرف له لمواجهة الالتزامات التى يفرضها عليه المركز الذى يشغله ، فإن ما انتهى إليه الحكم فى هذا الشأن يتفق مع صحيح القانون .

٣ - استخلاص المحكمة أن العرف لم يجر فى الشركة إلا على صرف مكافأة تعادل مرتب شهرين ، وهى التى احتسبتها المحكمة ضمن الأجر الذى تحدد على أساسه مكافأة نهاية الخدمة ، هذا الاستخلاص هو مما يدخل فى حدود سلطة المحكمة الموضوعية للأسباب السائغة التى استندت إليها .

٤ - متى كانت المحكمة قد وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لاقتناعها بالرأى الذى انتهت إليه فى شأن المكافأة - من أن العرف لم

يجر فى الشركة إلا على صرف مكافأة تعادل مرتب شهرين سنويا دون حاجة إلى إجابة الطاعن - العامل - إلى طلبه ندب خبير لتحقيق قيام عرف مخالف على النحو الذى أثاره فى دفاعه فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع يكون على غير أساس .

الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٧ القضائية

جلسة ٣٠ من مارس سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٦٠١ »

(١ ، ٢ ، ٣) قانون . « تفسير القانون . إلغاء أو تعديل القانون . سريان القانون من حيث الزمان » . رسوم . « رسوم الطيران المدنى » .

(١) مقدار رسوم الطيران المدنى وفقا للبند أولا من الباب الثانى من البيان المرافق للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ .

النص الجلى الصريح القاطع الدلالة على المراد منه . عدم جواز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بحكمة التشريع ، جواز ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

(٢) إلغاء أو تعديل النص التشريعى . عدم جوازه من سلطة أدنى فى مدارج التشريع إلا بتفويض خاص من السلطة الأعلى أو من القانون وفى حدود هذا التفويض .

البيان المرافق للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ جزء منه . قرار وزير الحربية ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ بتعديل فئتى الرسم الواردتين بهذا البيان . صدوره فى حدود التفويض المقرر بالمادة الأولى عن نفس القانون .

(٣) الأصل فى القوانين ألا تكون ذات أثر رجعى إلا ما استثنى بنص خاص .

١ - مؤدى نص البند أولا من الباب الثانى من البيان المرافق للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ أن الرسم الواجب تحصيله هو خمسون مليما عن كل وحدة مقدارها ١٠٠ كيلو جرام أو كسورها حتى ٢٥٠٠٠

كيلو جرام أو كسورها من الوزن الأقصى المصرح به للطائرة فى حالة نزولها مرة واحدة ، وسبعون مليما عن كل وحدة مقدارها ١٠٠ كيلو جرام أو كسورها تزيد عن ٢٥٠٠٠ كيلو جرام . وإذ كان هذا النص واضحا جلى المعنى قاطع الدلالة على المراد منه ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله ، لأن البحث فى حكمة التشريع ، واستخلاص قصد الشارع لا يكون له محل إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

٢ – من المقرر أنه لا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل نصا تشريعيا وضعته سلطة أعلى أو أن تضيف إليه أحكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون وفى حدود هذا التفويض . وإذ كان البيان المرافق للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ جزءًا لا يتجزأ من ذلك القانون . وكان قرار وزير الحربية رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ والمعمول به من تاريخ نشره فى ١٨ / ٢ / ١٩٦٠ قد تناول بالتعديل فئتى الرسم الواردتين بالبيان المذكور عملا بالتفويض الخاص الذى منحه له القانون فى المادة الأولى منه ، وفى حدود هذا التفويض ، فإنه لا يجوز التحدى بأن هذا القرار كان مفسرا لأحكام القانون .

٣ – الأصل فى القوانين ألا تكون ذات أثر رجعى إلا ما استثنى بنص خاص ، وإذ انتفى هذا الاستثناء ، والتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله يكون على غير أساس .

الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ١٢ من أبريل سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٦٩٨ »

(١) نقض « إعلان الطعن » أحوال شخصية . « الطعن بالنقض » .

ميعاد إعلان الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية . قبل انعقاد

الجلسة بثمانية أيام على الأقل . المادة ٨٨٢ مرافعات . لا محل لتطبيق المادة ٤٣١ مرافعات .

(٢) قانون « القانون الواجب التطبيق » . أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالأجانب » .

دعوى بطلان زواج يونانيين معقود بمدينة القدس . القانون اليونانى هو الواجب التطبيق .

(٣ ، ٤) قانون . « القانون الأجنبى » . أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالأجانب » . إرث .

الزواج الباطل والزواج الظنى فى الفقه والقضاء اليونانى . ماهيته . أثره . حق الزوج حسن النية فى أن يرث فى تركة الزوج الآخر إذ ماقضى بالبطلان بعد الوفاة .

وجوب تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير إليه قواعد الإسناد . سواء أكان تشريعا أم غيره من المصادر . مثال فى دعوى بطلان زواج .

(٥) أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالأجانب » . حكم . « التناقض »

بطلان الزواج الظنى . طبيعته . مالا يعد تناقضاً .

(٦) دعوى . « الطلبات فى الدعوى » . أحوال شخصية .

دعوى بطلان زواج . القضاء ببطلان الزواج من تاريخ صدور الحكم قضاء بما طلبه الخصوم .

(٧) قانون « تنازع القوانين من حيث الزمان » . أحوال شخصية .

الزواج الظنى فى القانون البيزنطى . القانون المدنى اليونانى الجديد ، وضع له أحكاماً مختلفة .

(٨) قانون « القانون الأجنبى » . أحوال شخصية . نظام عام .

تطبيق القانون الأجنبى . شرطه . ألا تتعارض أحكامه مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة .

(٩) أحوال شخصية « المسائل الخاصة بالأجانب » محكمة الموضوع .

بحث توافر حسن النية . من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً . مثال فى دعوى بطلان زواج .

١ - وفقاً للمادة ٨٨٢ من قانون المرافعات - قبل تعديلها بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ - يعين رئيس المحكمة الأشخاص الذين يعلنون بالطعن ويحدد أجلًا لتقديم دفاعهم ومستنداتهم ، وبعد انتهاء الأجل ، يحدد جلسة لنظر الطعن ، وله عند الاقتضاء الأمر بضم ملف المادة الصادر فيها الحكم المطعون فيه ، ويعلن قلم الكتاب من تقرر إعلانهم بالطعن بتاريخ الجلسة المحددة قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل ، وإذ كان الثابت فى الأوراق أنه بعد العمل بقانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، عين رئيس المحكمة الأشخاص الذين يعلنون بالطعن ، وحدد أجلًا لتقديم دفاعهم ومستنداتهم ، وبعد انتهائه أعلن قلم الكتاب المطعون عليها بالطعن قبل انعقاد الجلسة بأكثر من ثمانية أيام ، لما كان ذلك ، فانه يتعين رفض الدفع (الدفع ببطلان الطعن لعدم إعلانه للمطعون عليهم فى الخمسة عشر يوماً التالية لتقرير الطعن وفقاً للمادة ٤٣١ من قانون المرافعات السابق) .

٢ - مؤدى نص المادة ٢٩ / ٢ ، ٣ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الملغاة ، والمادة ١٧ / ١ من القانون المدنى - والزوجان يونانيا الجنسية - أن القانون اليونانى هو الواجب التطبيق على واقعة دعوى بطلان الزواج المعقود فى مدينة القدس فى سنة ١٩٢٦) .

٣ - أخذ الفقه والقضاء اليونانى - تخفيفاً من الآثار المترتبة على الزواج الباطل فى ظل القانون البيزنطى - بنظام الزواج الظنى ، وهو يكون فى حالة ما إذا كان الزوجان أو أحدهما حسن النية يعتقد بصحة

انعقاد الزواج ، وهذا الزواج وإن كان باطلًا إلا أنه ليس للبطلان فيه أثر رجعى ، بل يظل العقد صحيحاً منتجاً لكافة آثاره حتى يحكم بالبطلان ، ومن هذه الآثار حق الزوج حسن النية فى أن يرث فى تركة الزوج الآخر إذا ماحكم بالبطلان بعد الوفاة ، وذلك حماية لحسن النية ، وتلبية للضرورات الاجتماعية التى أملت هذا النظام .

٤ - على القاضى أن يطبق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد ، سواء كان مصدره التشريع أم غيره من المصادر . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظنى على واقعة الدعوى أخذا بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية فى ظل القانون البيزنطى بهذا الخصوص والتى تقضى المادة الأولى من قرار ٢٣ / ٢ / ١٨٣٥ - الخاص بالقوانين المدنية اليونانية الذى يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله - باتباعها . لما كان ذلك فإن النعى يكون على غير أساس .

٥ - لا تناقض بين ماقرره الحكم من بطلان الزواج - الزواج الظنى فى القانون اليونانى - وماقرره من اعتباره قائماً منتجاً لآثاره حتى تاريخ الحكم ، إذ يتفق هذا التقرير مع طبيعة البطلان فى الزواج الظنى .

٦ - متى كان الثابت فى الأوراق أن الطاعنين أقاموا دعواهم ضد المطعون عليها يطلبون الحكم ببطلان زواجها من مورثهم واعتبارهم ورثته الشرعيين ، وأقامت المطعون عليها دعوى فرعية تطلب الحكم باستحقاقها لنصف التركة ، ولما قضت محكمة أول درجة ببطلان الزواج من تاريخ صدور الحكم ، استأنفه الطاعنون طالبين إلغاءه والقضاء باعتبار الزواج باطلًا منذ انعقاده ، ولما كان بحث صحة الزواج أو بطلانه هو أمر يقتضيه الفصل فى الدعويين الأصلية والفرعية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان الزواج من تاريخ صدور الحكم ، لا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم .

٧ – متى كان القانون البيزنطى هو الذى يحكم الآثار المترتبة على بطلان الزواج ، وهو يعطى الزوجة الحق فى أن ترث فى تركة زوجها لوفاته قبل الحكم بالبطلان ، فلا محل للتحدى بتطبيق المادة ١٣٨٣ من القانون المدنى اليونانى الجديد التى تضع أحكاماً مختلفة للزواج الظنى فى هذا القانون .

٨ – مفاد نص المادة ٢٨ من القانون المدنى – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – هو نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى متى كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع ، ومن ثم فإن زواج مورث الطاعنين من المطعون عليها ، وهى ابنة خالته وأحقيتها فى أن ترث فى تركته ليس فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر ، بل تجيزه القوانين السارية فى البلاد .

٩ – بحث توافر حسن النية – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة هو من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديرها ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فى ذلك متى كان استخلاصها سائغاً . وإذ كان الحكم قد استند فى استخلاص حسن نية المطعون عليها (الزوجة) واعتقادها بصحة انعقاد الزواج إلى أسباب سائغة ، ثم قضى لها بحقها فى أن ترث زوجها الذى توفى قبل الحكم بالبطلان ، وذلك تطبيقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء بشأن الزواج الظنى فى ظل القانون البيزنطى ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح .

الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ القضائية

جلسة ٢٣ من مارس سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٣٧١ »

(أ) قانون . « تنازع القوانين من حيث المكان » نظام عام . دعوى .

قواعد المرافعات يسرى عليها قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر

فيه الإجراءات . سريانها على كافة المنازعات سواء كانت وطنية فى جميع عناصرها من عدمه . هذه القاعدة لا تستند إلى فكرة النظام العام . عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ مدنى فى هذا الخصوص .

(ب) نقل بحرى . « عدم سماع دعوى التعويض » . دعوى . « منع سماع الدعوى » . تعويض . نظام عام .

قواعد المادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى تنظم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة دعوى المسئولية . عدم مساسها بموضوع الحق . خضوعها لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ مدنى رغم عدم تعلقها بالنظام العام .

(جـ) نقض « مسائل الواقع » . نقل بحرى . « سند الشحن » . عقد . « تفسير العقد » . قانون . محكمة الموضوع .

تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى أو لا يفيد ذلك . من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

١ – مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدنى أنه يسرى على قواعد المرافعات سواء ماتعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضى قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ، والأساس الذى تقوم عليه هذه القاعدة هو – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – أن القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقاً لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها ، وأن هذه القواعد تعد من قواعد القانون العام اللازمة لمباشرة هذه الوظيفة ، شأنها فى ذلك شأن القواعد اللازمة لمباشرة وظائف الدولة الأخرى حتى وإن كانت الغاية منها هى حماية الحقوق الخاصة ، وأنها بهذه المثابة تعد قواعد إقليمية تسرى على كافة المنازعات سواء كانت وطنية فى جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية ، وأن هذا الأساس يتنافر مع أى أساس آخر يقوم على فكرة النظام العام لتبرير قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضى ، ذلك أن تطبيق القانون الوطنى بناء على فكرة النظام العام إعمال مجاله أن يكون الاختصاص معقوداً أصلاً لقانون

أجنبى ، واستبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون ، أما حيث يكون القانون الوطنى طبقاً لقاعدة الإسناد الواردة به هو صاحب الاختصاص العادى ، والواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضى ، فلا محل لإثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه . ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ من القانون المدنى من أن هذا الحكم يقوم على اتصال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام . إذ أن من قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضى مالا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها ، ولا يحول ذلك دون اعتبارها من قواعد المرافعات التى تخضع لقانون القاضى أسوة بتلك التى تتعلق بالنظام العام ، وذلك إعمالاً للمادة ٢٢ المشار إليها التى تنص على سريان قانون القاضى على قواعد المرافعات جميعها بغير تخصيص بتلك التى تتعلق بالنظام العام .

٢ – المادتان ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى تتعلقان ، وعلى – ماجرى به قضاء هذه المحكمة – بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها ، ذلك أنهما وردتا دون سواها فى الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان « فى عدم سماع الدعوى » على خلاف المواد ٢٦٩ ومايليها ، والتى جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان « زوال الحقوق بمضى المدة » مما يقيم فارقاً بين نوعى المواعيد الواردة فى كل من الفصلين المشار إليها . وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعوى دون أن يمتد السقوط إلى الحق فى ذاته ، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته ، فإن فى ذلك جميعه مايسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التى لا تمس موضوع الحقوق المتنازع عليها ، فتخضع بذلك لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ من القانون المدنى ، ولا يقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد الواردة فى هذا الخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام ، طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المرافعات لقانون القاضى وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ، ويجوز الاتفاق على مايخالفها .

٣ – تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى بما يؤدى إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى أو لايفيد ذلك هو – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع ، مادام قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب تحمله .

الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ القضائية :

جلسة ١٠ من نوفمبر سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٨٧٩ »

(١ ، ٢) ضرائب . « تقادم الضريبة » تقادم . « تقادم مسقط » .

(١) التقادم الضريبى . بدؤه – فى ظل المادة ٩٧ ق ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقبل إضافة المادة ٩٧ مكررة – من اليوم التالى لانقضاء المهلة المحددة لتقديم الإقرار .

(٢) أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات . تنبيهات قاطعة للتقادم الضريبى ق ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ . النموذج ١٨ ضرائب الإخطار به قاطع للتقادم .

(٣) قانون . تقادم . « تقادم مسقط » .

القوانين المتعلقة بالتقادم . سريانها من وقت العمل بها على كل تقادم لم يتم .

القانون القديم يحكم المدة التى سرت من التقادم فى ظله .

١ – المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن التقادم الضريبى فى ظل سريان المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقبل إضافة المادة ٩٧ مكررة بموجب القانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ لايبدأ إلا من اليوم التالى لانقضاء المهلة المحددة لتقديم الإقرار .

٢ – اعتبرت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ – فى شأن تقادم الضرائب والرسوم – تنبيها قاطعا للتقادم أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والاخطارات وقد استقر قضاء هذه المحكمة على ان إخطار الممول بعناصر ربط الضريبة على النموذج رقم ١٨ ضرائب هو مما ينقطع به تقادم الضريبة .

٣ – مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدنى أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع على كل تقادم لم يتم ، وأن يحكم القانون القديم المدة التى سرت من التقادم فى ظله من حيث تعيين اللحظة التى بدأت فيها وكيفية حسابها وماطرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التى تسرى فى ظله من هذه المناحى .

الطلب رقم ٣٧ لسنة ٢٩ قضائية « رجال القضاء »

جلسة ١٨ من يناير سنة ١٩٦٦ « س ١٧ ص ٢٧ »

(١) قضاة . « معاش أو مكافأة » .

استقالة القاضى لايترتب عليها سقوط حقه فى المعاش أو المكافأة . تسوية أيهما على أساس آخر مرتب سواء كان انتهاء الخدمة بسبب الاستقالة أم لأى سبب آخر .

(٢) قانون . « استدراك الخطأ المادى أو المطبعى » « حجيته » .

تصويب الخطأ المادى أو المطبعى . اعتباره جزءا من النص التشريعى المصحح وله نفس قوته . تجاوز الاستدراك هذا النطاق وانطواؤه على تغيير فى النص

المنشور لفظا ومعنى . لاحجية له ولا أثر له بالنسبة للنص الأصلى الذى يتعين إعمال أحكامه .

(٣) قانون . « التفسير التشريعى » . « الأثر الرجعى للقانون » .

النص القانونى الجديد . عدم انعطاف أثره على الماضى مالم ينص على سريانه استثناء بأثر رجعى أو كان نصا مفسرا للنص القديم .

١ – تنص المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ على أنه « استثناء من أحكام موظفى الدولة وقوانين المعاشات لايترتب على استقالة القاضى سقوط حقه فى المعاش أو فى المكافأة . وفى جميع الأحوال يسوى معاش أو مكافأة القاضى على أساس آخر مرتب كان يتقاضاه » . ومفاد هذا النص هو إطلاق الحكم على جميع الحالات بإجراء تسوية المعاش أو المكافأة على أساس آخر مرتب كان يتقاضاه القاضى وذلك دون تفرقة بين ما إذا كان انتهاء خدمته بسبب استقالته أم لأى سبب آخر .

٢ – الاستدراك الذى ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون هو وسيلة تتخذ لتدارك ماعسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلى من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها ويعتبر التصويب عندئذ جزءا من النص التشريعى المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى النص المنشور لفظا ومعنى فهو تعديل له من جهة لاتملكه لايجوز إلا بصدور قانون آخر ولاينال من النص الأصلىّ الذى يتعين إعمال أحكامه .

٣ – متى كان النص القانونى الجديد ليس مفسرا للنص القديم بل كان فى حقيقته تعديلا له بحكم يخالفه ولم ينص فى التشريع الجديد على سريانه استثناء بأثر رجعى فإنه لاينعطف أثره على الماضى ولاينطبق على الوقائع السابقة عليه .

طعن رقم ٢٥٦ سنة ٢٤ قضائية

جلسة ٢٤ من يونيه سنة ١٩٥٨ « س ٩ ص ٦٣٩ »

قانون « نشره بالجريدة الرسمية » استئناف . تحضير . دفاع . حكم .

القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن تحضير القضايا أمام المحاكم الاستئنافية . هل افتراض العلم به يكون من تاريخ إدراجه فى الجريدة الرسمية أم من تاريخ توزيع الجريدة فعلا ؟ م ٤٠٥ مرافعات .

— إنه وإن كان القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن تحضير القضايا أمام المحاكم الاستئنافية الصادر فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ والمدرج فى الجريدة الرسمية فى اليوم ذاته قد نظم إجراءات أوجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ونص فى المادة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . إلا أن افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض . فإذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال عليه العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب بمقولة إن الجريدة الرسمية التى نشر فيها ذلك القانون وإن كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ إلا أنها لم توزع وتنشر فعلا إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فإنه يكون مشوبا بالقصور .

الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ١٧ من فبراير سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٢٥٤ »

(١) نقض « سلطة محكمة النقض » . نظام عام .

المسائل المتعلقة بالنظام العام . حق محكمة النقض فى إثارتها من تلقاء نفسها ، شرطه .

(٢ ، ٣) إيجار « إيجار الأماكن » . قانون « سريان القانون » . نظام عام .

(٢) المراكز القانونية التى نشأت فى ظل القانون القديم . خضوعها له فى آثارها وانقضائها . القواعد الآمرة فى القانون الجديد . وجوب إعمالها بأثر فورى على مالم يكن قد اكتمل من هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها .

(٣) خضوع العقد كأصل للقانون الذى أبرم فى ظله . الاستثناء . صدور قانون جديد يتضمن أحكاما متعلقة بالنظام العام . وجوب إعمالها على العقود السارية وقت العمل به بأثر فورى . مثال فى إيجار .

إيجار « الإخلاء لعدم الوفاء بالأجرة » . قانون . نظام عام .

دعوى إخلاء المستأجر لعدم الوفاء بالأجرة . جواز توقيه الحكم عليه بالإخلاء بسداد الأجرة والمصاريف والنفقات دون الفوائد . ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

(٥) إيجار « الإخلاء » . شريعة إسلامية . دستور .

عدم جواز الحكم بالإخلاء استنادا إلى عدم سداد الفوائد على الأجرة المتأخرة ق ٤٩ لسنة ٩٧٧ . وإعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية والدستور « علة ذلك » سريان هذا الحكم بأثر فورى على المراكز القانونية وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله طالما لم تستقر بحكم نهائى لتعلقه بالنظام العام .

١ — لمحكمة النقض أن تثير من تلقاء نفسها فى الطعن مسألة متعلقة بالنظام العام تكون واردة على مارفع عنه الطعن شريطة توافر جميع العناصر التى تبيح الإلمام بها لدى محكمة الموضوع .

٢ — المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الأصل أن القانون يسرى بأثر فورى على المراكز القانونية التى تتكون بعد نفاذه سواء فى نشأتها أو فى إنتاجها آثارها ، أو فى انقضائها ، وهو لايسرى على الماضى ، فالمراكز القانونية التى نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد تخضع للقانون القديم الذى حصلت فى ظله ، أما المراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد فى الزمان فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التى تتحقق فى ظله فى حين يحكم القانون

الجديد العناصر والآثار التى تتم بعد نفاذه ، ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم التى نشأت فى ظله ، باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوئها أو فى آثارها ، أو فى انقضائها ، إلا أن هذا مشروط بألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد آمرة ، فحينئذ يطبق القانون الجديد فورا على مالم يكن قد اكتمل من هذه المراكز ، وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلة ، كما يحكم انقضاءها .

٣ – إذ كان عقد الإيجار موضوع التداعى مبرما فى ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، فإن هذا القانون يكون – بحسب الأصل – هو الواجب التطبيق على العقد من تاريخ إبرامه وطوال مدة سريانه حتى إذا ماستجدت بعده أحكام متعلقة بالنظام العام فإنها تسرى من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها .

٤ – إذ كانت المادة ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد نصت فى الفقرة الثانية منها على أنه « ولايحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها بواقع ٧٪ عن تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد والمصاريف الرسمية وذلك قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى » إلا أنه وقد صدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ناصًا فى الفقرة الثانية من المادة ٣١ منه والتى حلت محل المادة ٢٣ / ٢سالفة الذكر على أنه « ولايحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى بأداء الأجرة وكافة ماتكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية » فإن مؤدى ذلك أن المشرع قد استحدث بالنص الجديد تعديلا مفاده أن المشرع لم يجعل من أداء الفوائد شرطا لتوقّى الإخلاء بحيث لم يعد التخلف عن سدادها فى هذه الحالة سببا من أسباب الإخلاء .

٥ – الغاية التى دعت المشرع إلى هذا التعديل – (المادة ٣١ من ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧) ليس مجرد التيسير على المستأجر الذى وضع حكم توقى الإخلاء فى الأصل بقصد حمايته – بل اتجاها من المشرع إلى مناهضة الفوائد والنزوع إلى استنكار الربا أخذا بما تمليه مبادىء

الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد واتساقا مع مانصت عليه المادة الثانية من الدستور المعدلة الصادر فى سنة ١٩٨١ من اعتبار هذه المبادىء المصدر الرئيسى للتشريع . لما كان ذلك ، فإن هذا النص المستحدث يكون متعلقا بالنظام العام ويسرى بأثر فورى على المراكز القانونية وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله طالما لم تستقر بعد بصدور حكم نهائى فيها ، وإذ كانت آثار المركز القانونى الذى يتمتع به المطعون ضده الأول طبقا لنص المادة ٢٣ / ٢ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ويخول حق إخلاء الطاعن لعدم سداده الفوائد قد أدركها القانون الجديد ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قبل أن تتحقق تلك الآثار وتستقر فعلا بصدور حكم نهائى فى النزاع بما مؤداه عدم جواز الحكم بالإخلاء استنادا الى عدم سداد الفوائد .

الطعنان رقما ٢٩٥ و ٣١١ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٢٥ من مارس سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٣٣٠ »

(١) الاتفاقيات الدولية الجماعية .

الاتفاقيات الدولية الجماعية لاتلزم إلا الدول أطرافها فى علاقاتهم المتبادلة . الدول التى لم تنضم إليها . خضوعها فى علاقاتها المتبادلة وفى علاقاتها مع الدول المنضمة لتلك الاتفاقيات للقواعد المقررة فى القانون الدولى . علة ذلك .

(٢) انضمام دولة أجنبية لاتفاقية جماعية . إثبات . نقض .

انضمام دولة أجنبية إلى اتفاقية جماعية معينة . واقعة مادية . عدم تقديم الدليل عليها . أثره . لامحل للتمسك بإعمال أحكامها .

(٣) قانون دولى . قانون داخلى .

قواعد القانون الدولى . تعد مندمجة فى القانون الداخلى دون حاجة لإجراء تشريعى . أثره . وجوب تطبيق قواعد القانون الدولى فيما يعرض من مسائل تناولتها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلى . شرطه . ألا يترتب على هذا التطبيق إخلال بنصوص القانون الداخلى .

(٤) أجانب . قانون دولى . الخضوع للقضاء الإقليمى .

المبعوثون الدبلوماسيون للدول الأجنبية ومنهم المستشارون . إعفاؤهم - طبقا للقانون الدولى - من الخضوع للقضاء الإقليمى فى المسائل المدنية مطلقا عدا المنازعات المتعلقة بنشاط المبعوث المهنى أو التجارى أو بأمواله العقارية فى الدولة الموفد إليها . شمول الإعفاء المنازعات المتعلقة بإجارة مساكنهم .

(٥) أجانب الحصانة الدبلوماسية . التنازل عنها .

الحصانة التى يتمتع بها المبعوث الدبلوماسى مقررة لصالح دولته . الأصل عدم جواز تنازله عنها إلا بموافقة دولته أو إذا كنت قوانينها تبيح له ذلك . تنازل المبعوث الدبلوماسى عن حصانته بعد اعتماده فى الدولة الموفد إليها . أثره . خضوعه لقضائها الوطنى وصحة إعلانه بغير الطريق الدبلوماسى . علة ذلك .

(٦) إيجار . إيجار الأماكن . قانون « سريان القانون من حيث الزمان » .

حق المالك فى تأجير مسكنه خاليا لفترة موقوته . م ٣٩ / ١ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، حكم مستحدث . عدم سريانه على وقائع التأجير السابقة على صدوره . أثر ذلك .

١ - من المقرر أن الاتفاقيات الدولية الجماعية لاتلزم إلا الدول أطرافها فى علاقاتهم المتبادلة وهى الدول التى صدقت عليها على النحو الذى يحدده تشريعها الداخلى وقامت بإيداع هذا التصديق بالطريقة التى توجبها كل اتفاقية بما مؤداه أن الدول التى لم تنضم إلى اتفاقية جماعية معينة تخضع فى علاقاتها المتبادلة وفى علاقاتها مع الدول التى انضمت إليها للقواعد المقررة فى القانون الدولى دون تلك التى نصت عليها الاتفاقية .

٢ - إذ كان أمر انضمام دولة أجنبية إلى اتفاقية جماعية معينة لايعدو أن يكون واقعة مادية يتعين إقامة الدليل عليها ، وكان الطاعن لم يقدم دليل انضمام دولته - المملكة العربية السعودية - إلى اتفاقية مزايا وحصانات جامعة الدول العربية التى أقرها المجلس فى ١٠ / ٥ / ١٩٥٣ أو إلى اتفاقية « فيينا » الصادرة فى ١٨ / ٤ / ١٩٦١ بشأن الاتفاقيات الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية فإن تمسكه بإعمال هاتين الاتفاقيتين على واقعة الدعوى يفتقر إلى سنده .

٣ - من المقرر أن قواعد القانون الدولى - ومصر عضو فى المجتمع الدولى تعترف بقيامه - تعد مندمجة فى القانون الداخلى دون حاجة إلى إجراء تشريعى فيلزم القاضى المصرى بإعمالها فيما يعرض عليه من مسائل تتناوله تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلى طالما أنه لايترتب على هذا التطبيق إخلال بنصوصه .

٤ - استقرت قواعد القانون الدولى المتمثلة فى العرف الدولى على إعفاء المبعوثين الدبلوماسيين ومنهم المستشارين من الخضوع للقضاء الإقليمى للدولة المعتمدين لديها فى المسائل المدنية مطلقا عدا المنازعات المتعلقة بنشاط المبعوث المهنى أو التجارى أو بأمواله العقارية فى الدولة الموفد إليها . وكان الثابت من مستندات الطاعن ومن بينها قائمة بأسماء المبعوثين الدبلوماسيين وبطاقة شخصية له صادرتان من وزارة الخارجية المصرية أنه عين من قبل دولته مستشارا ثقافيا بسفارتها بالقاهرة ، وكانت إجارة المسكن تخرج عن الحالات المستثناة من الإعفاء فإن ذلك يكفى لإثبات تمتعه بالحصانة .

٥ - لئن كانت الحصانة الدبلوماسية التى يتمتع بها المبعوث الدبلوماسى مقررة أصلا لصالح دولته لالصالحه الشخصى فلا يملك - كأصل - التنازل عنها والخضوع للقضاء الوطنى إلا بموافقة دولته أو إذا كانت قوانينها تبيح له ذلك ، إلا انه إذا تنازل المبعوث الدبلوماسى بالفعل عن تلك الحصانة صراحة أو أمكن استخلاص ذلك ضمنا من الظروف دون لبس أو إبهام . فإنه يتعين الاعتداد بهذا التنازل بالنسبة للتصرف الذى تم بشأنه وما قد يؤول إليه أمر المنازعة فيه متى تم التنازل فى تاريخ لاحق لتمتع المبعوث بالحصانة ، أى بعد اعتماده فى الدولة الموفد إليها ، باعتبار أن الأصل ألا يصدر هذا التنازل إلا موافقا لقانون دولته أو فى القليل بإذن منها فتكون إرادة المبعوث المعلنة

فى هذا الشأن قد توافقت وإرادة دولته ، إذ لايُتصوَّر أن يخالف تشريعاتها فيما يمس سيادتها وهو رمز لها ويمثلها فى دولة أخرى ، وإذ كان مؤدى ماتقدم انتفاء الحصانة عن المبعوث بصدد التصرف الذى تم بشأنه التنازل فإن لازم ذلك خضوعه للقضاء الوطنى فى الدولة الموفد لديها وجواز إعلانه ولو بغير الطريق الدبلوماسى ، باعتبار أن وجوب التزام طريق معين فى الإعلان تابع من تمتعه بالحصانة وقد تنازل عنها .

٦ – ما استحدثه القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى المادة ٣٩/١ من الترخيص للمالك فى أن يؤجر مسكنه خاليا أو مفروشا لمدة موقوتة بفترة إقامته المؤقتة بالخارج يكون له من بعدها إخلاء المستأجر منه وفقا لشروط وأوضاع معينة وأيا كانت مدة الإيجار المتفق عليها ، قد جاء على خلاف الأصل المقرر فى جميع قوانين الإيجار الاستثنائية المتعاقبة وهو الامتداد القانونى لإجارة الأماكن خالية والذى تنظمه قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام باعتباره الركيزة الأساسية التى تكفل حماية المستأجر ، ومن ثم يتعين إعمال هذا النصِّ المستحدث فى نطاق الغاية التى استهدفها المشرع وهى التيسير على الملاك إلى جانب مراعاة صالح المستأجرين بتوفير مزيد من فرص السكنى أمامهم ولو كانت لمدد مؤقتة بما لازمه سريان النص بأثر مباشر على وقائع التأجير التى تجد بعد العمل به حتى لايمس قاعدة الامتداد القانونى لإجارة الأماكن الخالية المتعلقة بالنظام العام .

الطعن رقم ١٧٩٣ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٦ من مايو سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٥٠٠ »

دستور . قانون « مصادرة » .

مصادرة المبالغ مقابل عدم إقامة الدعوى الجنائية أو التنازل عنها م ١٤ ق ٩٧ / ٧٦ . عدم دستوريتها . م ٣٦ من الدستور . أيلولة هذه المبالغ للدولة بالصلح . شرطه .

مؤدى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٤ من القانون

٩٧ / ١٩٧٦ بتنظيم التعامل فى النقد الأجنبى وماقررته المحكمة العليا فى طلب تفسير نص الفقرتين آنفتى البيان بقرارها الصادر بتاريخ ٨ / ٣ / ١٩٧٨ فى الطلب رقم ١٠ سنة ٨ قضائية عليا أن مصادرة المبالغ والأشياء موضوع الجريمة النقدية لايتم بقرار من الجهة الإدارية مقابل عدم طلب إقامة الدعوى الجنائية أو التنازل عن السير فيها مما كانت تجيزه المادة التاسعة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ وأصبح لايتفق وأحكام الدستور القائم الذى حظر المصادرة الإدارية بالمادة ٣٦ منه ، بل تؤول تلك المبالغ والأشياء إلى الحكومة بالصلح ، تتنازل بموجبه الجهة الإدارية عن الدعوى الجنائية مقابل تنازل المتهم عن تلك المبالغ والأشياء للدولة وأن تعبير الشارع عن تنازل المتهم عن المضبوطات موضوع الجريمة بلفظ المصادرة قد جاء من قبيل التجاوز استنادا إلى تماثلها من حيث الأثر وهو أيلولة المبالغ والأشياء للدولة فى الحالتين ومفاد ذلك أن قرار التصالح الذى تصدره الجهة الإدارية بغير رضاء المتهم لاتترتب عليه أيلولة الأموال المضبوطة للدولة . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن مدير عام إدارة النقد رفض الصلح الذى تقدم به المطعون ضده عند ضبطه فى ١٥ / ٢ / ١٩٧٨ فسقط بذلك إيجاب الصلح الصادر من الأخير وأن القرار الذى أصدره وكيل وزارة الاقتصاد بالتصالح بعد ذلك لايعدو أن يكون إيجابا جديدا لم يصادف قبولا من المطعون ضده ، ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه إن لم يرتب على هذا القرار أيلولة المبلغ المضبوط إلى الدولة .

الطعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ١٣ من مايو سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٥١٧ »

(١) التزام « شرط الفسخ الصريح » « شرط الفسخ الضمنى » .

شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى . ماهية كل منها وأثره .

(٢) بيع . فوائد . نظام عام .

قاعدة استحقاق البائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى سلم المبيع للمشترى وكان قابلا لإنتاج ثمرات . م ٤٥٨ / ١ مدنى . عدم تعلقها بالنظام العام . وجوب تمسك البائع بها .

(٣) بيع . هبة .

بيع العقار الصادر من الولى الشرعى إلى أولاده مع تبرعه لهم بالثمن . هذا التصرف هبة سافرة وليس بيعا . علة ذلك .

(٤) أحوال شخصية « ولاية على المال » أهلية . وكالة .

نيابة الوصىّ عن القاصر . نيابة قانونية . تجاوز الوصى حدود نيابته . أثره عدم انصراف أثر التصرف إلى القاصر .

(٥) استئناف « الأثر الناقل للاستئناف » .

الأثر الناقل للاستئناف . ماهيته .

١ - شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - يختلفان طبيعة وحكما ، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغته فى العقد صريحة قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ، وهو لذلك يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولايستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بأداء التزامه أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ ، أما الشرط الضمنى فلايستوجب الفسخ حتما إذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ .

٢ - لئن كان نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريحا فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، إلا أن هذه القاعدة لاتتعلق بالنظام العام فلا يجوز لمحكمة

الموضوع أن تقضى بها من تلقاء نفسها بل يجب التمسك بها من البائع وأن تتحقق المحكمة من توافر شرائطها .

٣ - تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن فى العقد والتزامه بعدم الرجوع فى تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمى الذى يتطلبه نص الفقرة الأولى من الماة ٤٨٨ من القانون المدنى ، ولايعتبر هذا التصرف بيعا إذ لم يستهدف العقد أحد أركان البيع وهو الثمن ، ولايصلح العقد وهو على هذا الحال أن يكون ساترا للهبة وفقا لما تجيزه الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية .

٤ - نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها - وفقا لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى - فى الحدود التى رسمها القانون ، ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى فى إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر .

٥ - من المقرر - تطبيقا لقاعدة الأثر الناقل للاستئناف المنصوص عليها فى المادة ٢٢٣ من قانون المرافعات - أنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف وإعادة طرحه عليها مع أسانيده القانونية وأدلته الواقعية ونتيجة لهذا الأثر يعتبر مطروحا على محكمة ثانى درجة كل ماكان قد أبدى امام محكمة

أول درجة من أوجه دفاع ودفوع فيتعين أن تقول كلمتها فيها إلا أن يكون المستأنف عليه قد تنازل عنها .

الطعن رقم ٧٧٣ لسنة ٤١ القضائية

جلسة ١٨ من مايو سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٥٤٢ »

معاهدات . قانون . « سريان القانون من حيث الزمان »

الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية والجمهورية الفرنسية بشأن تنظيم وسائل تشجيع وحماية استثمارات رعايا الدولتين . صيرورتها قانونا من قوانين الدولة بصدور القرار الجمهورى ٢٣١ لسنة ١٩٧٥ . مؤدى ذلك . سريانها بأثر مباشر على الاستثمارات القائمة فعلا وتلك التى تتم وقت نفاذها . عدم سريانها بأثر رجعى على الاستثمارات التى انقضت وزالت بالتأميم فى تاريخ سابق . علة ذلك .

لما كانت الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية والجمهورية الفرنسية - بشأن تنظيم وسائل تشجيع وحماية استثمارات رعايا الدولتين - أصبحت بصدور القرار الجمهورى رقم ٢٣١ سنة ١٩٧٥ قانونا من قوانين الدولة وكان القانون يطبق بوجه عام على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع بعد تاريخ العمل به ولايسرى بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص - وإذ كان البين من الاتفاقية المشار إليها أنها تنظّم وسائل تشجيع وحماية الاستثمارات القائمة وقت نفاذها وتلك التى تتم أثناء العمل بها وخلت نصوصها من حكم ينظم حالة الاستثمارات التى انقضت قبل تاريخ سريانها ومن ثم فلا وجه لإعمال أحكامها بأثر رجعى على الاستثمارات التى انقضت وزالت بالتأميم فى تاريخ سابق - ولايغير من ذلك مانصت عليه المادة الأولى من الاتفاقية على خضوع الاستثمارات لتشريعات الطرف المتعاقد الذى يقع الاستثمار على أرضه قبل أو بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ ذلك أن مفادها خضوع الاستثمارات القائمة فعلا فى إحدى الدولتين وقت نفاذ الاتفاقية لتشريعات هذه الدولة ولو كان الاستثمار قد بدأ قبل ذلك .

الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٤٩ القضائية

جلسة ٢٣ من مايو سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٥٧٢ »

(١) طعن « مواعيد الطعن » . قوة قاهرة .

جهل الخصم بوفاة خصمه . قوة قاهرة . أثره . وقف سريان الميعاد فى حق الخصم . بدء سريانه من تاريخ العلم بالوفاة .

(٢) شفعة .

للشفيع الاستغناء عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأسا على كل من البائع والمشترى . شرط ذلك . إعلان صحيفة الدعوى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار بوقوع البيع . علة ذلك .

١ - من المقرر - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن الجهل بوفاة الخصم يعد قوة قاهرة توقف سريان الميعاد فى حق الخصم الآخر على أن يبدأ سريانه من جديد من تاريخ علمه بالوفاة .

٢ - يصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأسا على كل من البائع والمشترى إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى فى هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلانا بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلا فى الميعاد القانونى .

الطعن رقم ٢٠٠٢ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٢١ من نوفمبر ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ١٠٠١ »

(١) عمل . تصحيح أوضاع العاملين « الصبية ومساعدو الصناع »

أحكام القانونين ٧٧ لسنة ١٩٧٦ و ٥١ لسنة ١٩٧٩ بشأن تعديل قانون تصحيح أوضاع العاملين بالدولة والقطاع العام . قصر سريانها على المعينين بوظائف الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع فقط المنصوص عليهم فى الفقرة (ج) من المادة (٢١) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ .

(٢) عمل . تعليمات الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة .

تعليمات الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة . قرارات تنظيمية غير ملزمة وليست لها صفة التشريع .

١ – نظرا لما أوجده القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ من تفرقة بين هؤلاء العاملين (الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع) بالرغم من أنهم جميعا يقومون بنفس العمل ، وأدوا بنجاح امتحان مسابقة عند دخولهم الخدمة لأول مرة واجتازوا الامتحان الفنى اللازم للترقية إلى درجة الصانع الدقيق دون تفرقة وتوخيا للعدالة بين أفراد هذه الطائفة الواحدة ، واستقراراً لأوضاعهم الوظيفية فقد أصدر المشرع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٦ ونص فى مادته الأولى على أن « فى تطبيق الجدول الثالث الملحق بقانون تصحيح أوضاع العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ يعتبر الصبية والإشرافات ومساعدو الصناع الحاصلون على مؤهلات دراسية أقل من المتوسط شاغلين للفئة التاسعة (١٦٢ / ٦٣٠) اعتبارا من تاريخ التعيين فى تلك الوظائف أو الحصول على المؤهل أيهما أقرب مع مايترتب على ذلك من آثار وبشرط ألا تقل السن عند شغل هذه الفئة عن السادسة عشرة ، أما غير الحاصلين منهم على مؤهلات دراسية فيعتبرون شاغلين للفئة المذكورة اعتبارا من اليوم التالى لمضى سنتين من تاريخ التعيين فى إحدى تلك الوظائف مع مايترتب على ذلك من آثار ، وبشرط ألا تقل السن عند شغل هذه الفئة عن الثانية عشرة » ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ وجاءت الفقرة الأولى من مادته الأولى مطابقة تماما لنص المادة الأولى من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٦ ومن بعده القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ ومفاد ما تقدم فى مجموعه ، أن أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٦ ومن بعده القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ لاتسرى إلا على المعينين بوظائف الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع فقط المنصوص عليهم فى الفقرة (ج) من المادة

٢١ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ دون غيرهم وإذ كان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده من العاملين اليدويين لدى الطاعنة بقسم المصابن وتدرج فى الترقية حتى حصل على الفئة السادسة تطبيقا للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ ، مما مؤداه أنه ليس من الصبية أو الإشراقات أو مساعدى الصناع الذين خصهم الشارع دون سواهم بالتعديل الذى تم بالقانونين رقمى ٧٧ لسنة ١٩٧٦ و ٥١ لسنة ١٩٧٩ فتنحسر أحكامها عنه .

٢ – ماورد بالكتاب الدورى رقم ١٢ لسنة ١٩٧٧ الصادر من الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة من امتداد أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٩ إلى العاملين من غير الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع يخالف أحكام القانون لما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض – من أن تعليمات الجهاز المركز للتنظيم والإدارة قرارات تنظيمية غير ملزمة وليست لها صفة التشريع . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وطبق فى شأن المطعون ضده التعديل الوارد بالقانونين رقمى ٧٧ لسنة ١٩٧٦ و٥١ لسنة ١٩٧٩ وقضى له بالفروق المالية على هذا الأساس فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه دون ماحاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

ثبت بالمراجع

أولا : الدراسات والكتب

أبو إسحق إبراهيم موسى : الموافقات فى أصول الأحكام .

أبو العباس أحمد بن تيمية : منهاج السنة .

أبو القاسم الزمخشرى : الكشاف عن حقائق التنزيل .

أبو عبد الله محمد بن القرطبى : الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبى) .

أبو مدين شافعى : الانتباه الإرادى .

أحمد إبراهيم : طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية .

أحمد أبو الوفا : نظرية الدفوع ١٩٦٣ — الاختصاص والإجراءات فى منازعات إيجار الأماكن ١٩٦٣ — المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٢ .

أحمد حافظ نور : جريمة الزنا فى القانون المصرى والمقارن — رسالة دكتوراه ١٩٥٨ .

أحمد سلامة : القانون الزراعى ١٩٧٠ .

أحمد سويلم العمرى : أصول العلاقات السياسية الدولية ١٩٥٥ .

أحمد شلبى : مقارنة الأديان ؛ أديان الهند الكبرى ١٩٦٤ جـ ٤ — مقارنة الأديان ؛ المسيحية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، جـ ٢ .

أحمد فتحى سرور — أصول قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ١٩٧٢ . الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٦٨ — أصول السياسة الجنائية ١٩٧٢ .

أحمد كمال أبو المجد : رقابة القضاء على أعمال الإدارة ١٩٦٢ ، جـ ١ — الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى ١٩٦٠ .

أحمد موافى : بين الجرائم والحدود فى الشريعة الإسلامية والقانون ، القاهرة ، المجمع الأعلى للبحوث الإسلامية ١٩٦٦ .

أحمد نشأت : رسالة الإثبات ١٩٧٢ ، جـ ١ و٢ .

إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ١٩٦٦ .

بدران أبو العينين بدران : أصول الفقه ١٩٦٢ .

برهام عطا الله : أساسيات القانون الوضعى ١٩٦٨ .

توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٠ .

ثروت بدوى : تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية ١٩٦٨ — ١٩٦٩ — مبادىء القانون الإدارى ، المجلد الأول ١٩٦٦ .

جلال ثروت : نظرية الجريمة المتعدية ١٩٦٥ .

جندى عبد الملك : الموسوعة الجنائية ، جـ ٢ .

حامد سلطان : أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية ١٩٧٠ — القانون الدولى العام فى وقت السلم ١٩٦٢ .

حامد فهمى : النقض فى المواد المدنية والتجارية . تأليف حامد فهمى ومحمد حامد فهمى .

حسن كيره : الموجز فى المدخل للقانون ١٩٦١ — محاضرات فى المدخل للقانون ١٩٥٤ .

حسنين عبيد : النظرية العامة للظروف المخففة ، رسالة دكتوراه ١٩٧٠ .

حسين المؤمن : نظرية الإثبات ، بغداد ١٩٤٨ .

رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ١٩٦٨ .

رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى ١٩٦٥ — قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٥٨ .

رءوف عبيد : فى التسيير والتخيير ١٩٧١ — مبادئ التشريع العقابى المصرى ١٩٦٢ — جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ١٩٥٨ — ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية ١٩٥٦ .

السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٧ .

سليمان محمد الطماوى : القضاء الإدارى ، قضاء الإلغاء ١٩٦٧ — نظرية التعسف فى استعمال السلطة ١٩٦٦ — النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ١٩٥٧ .

سليمان مرقس : الإقرار واليمين وإجراءاتهما ١٩٧٠ — شرح القانون المدنى فى الالتزامات ١٩٦٤ ، جـ ٢ — المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٧ .

سيف الدين أبو الحسن على ابن محمد الآمدى : الإحكام فى أصول الأحكام .

شمس الدين أبو عبد الله : أعلام الموقعين .

شمس الدين السرخسى : المبسوط .

شمس الدين الوكيل : مبادىء القانون ١٩٦٨ .

شهاب الدين أبو العباس : الفروق .

ضياء شيت خطاب : مبادىء التنظيم القضائى فى العراق .

طعيمة الجرف : القانون الدستورى ومبادىء النظام الدستورى فى ج ع م ١٩٦٤ — مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ١٩٦٣ .

عادل عازر : النظرية العامة فى ظروف الجريمة ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ .

عبد الحليم الجندى : أبو حنيفة بطل الحرية — الإمام الشافعى ١٩٦٦ .

عبد الحميد حشيش : مذكرات لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧١ فى مبادىء القضاء الإدارى .

عبد الحميد متولى : مبادىء نظام الحكم فى الإسلام مع المقارنة بالمبادىء الدستورية الحديثة – الوسيط فى القانون الدستورى ١٩٥٦ .

عبد الرحمن البزاز : مبادىء القانون المقارن ١٩٦٧ .

عبد الرحمن بن خلدون الحضرمى : مقدمة بن خلدون .

عبد الرزاق أحمد السنهورى : نظرية العقد – الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ١ و ٢ و ٣ .

عبد العزيز عامر : التعزير فى الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه .

عبد العزيز محمد سرحان : القانون الدولى العام ١٩٦٩ .

عبد الفتاح الصيفى : الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية ، رسالة دكتوراه ١٩٥٨ – القاعدة الجنائية ١٩٦٧ – قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٦٧ .

عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية القانون ١٩٦٥ .

عبد القادر خليل : نظرية سحب القرارات الإدارية ١٩٦٤ .

عبد المنعم البدراوى : عقد البيع فى القانون المدنى – مبادىء القانون .

عبد المنعم الصدة : الإثبات فى المواد المدنية ١٩٥٥ .

عبد المهيمن بكر : القصد الجنائى ، رسالة دكتوراه ١٩٥٩ .

عبد الودود يحيى : نظرية الغلط فى القانون المدنى الألمانى ١٩٦٩ .

عبد الوهاب خلاف : أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ١٩٣٨ – شرح قانون المواريث الجديد ١٩٤٦ – علم أصول الفقه ١٩٤٧ .

على الخفيف : التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة ١٩٦٤ – مختصر أحكام المعاملات الشرعية ١٩٥٤ .

على بدوى : الأحكام العامة فى القانون الجنائى ١٩٣٨ – أبحاث التاريخ العام للقانون ، تاريخ الشرائع ١٩٤٧ ج ١ .

على حسن عبد القادر : نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى .

على راشد : القانون الجنائى ، المدخل وأصول النظريات العامة ١٩٧٠ – موجز القانون الجنائى ١٩٦٥ – مبادىء القانون الجنائى ١٩٤٩ .

على عبد الرازق : الإسلام وأصول الحكم .

على على منصور : الشريعة الإسلامية والقانون الدولى العام ، القاهرة ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٦٥ – نظم الحكم والإدارة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ١٩٦٥ .

على قراعة : الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية .

على محمد بدير : المدخل لدراسة القانون ، البصرة ١٩٧٠ .

عمر السعيد رمضان : الركن المعنوى فى المخالفات ، رسالة دكتوراه ١٩٥٩ .

فتحى والى : قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفيتى .

فخر الدين عثمان بن على الزيلعى : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .

فؤاد عبد المنعم رياض : الوجيز فى القانون الدولى الخاص ١٩٧١ .

القاضى أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم : الخراج .

كمال الدين محمد بن عبد الواحد : فتح القدير .

كمال أنور : تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان ، رسالة دكتوراه ١٩٦٥ .

مأمون سلامه : قانون العقوبات العسكرى ١٩٦٨ .

محمد أبو زهرة : فلسفة العقوبة فى الإسلام .

محمد الخضرى : أصول الفقه – تاريخ التشريع الإسلامى .

محمد العشماوى : قواعد المرافعات فى القانون الأهلى والمختلط ١٩٢٨ ، ج ١ .

محمد أمين : رد المحتار على الدر المختار – مجموعة رسائل ابن عابدين .

محمد بن على الشوكانى : إرشاد الفحول – نيل الأوطار .

محمد حافظ غانم : العلاقات الدبلوماسية والقنصلية ١٩٦٢ .

محمد زكى محمود : آثار الجهل والغلط فى المسئولية الجنائية ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ .

محمد سلام مدكور : الحكم التخييرى ١٩٦٣ – مباحث الحكم عند الأصوليين ١٩٦٤ – المدخل للفقه الإسلامى ١٩٦٦ .

محمد طلعت الغنيمى : الأحكام العامة فى قانون الأمم ١٩٧٠ .

محمد عبد الله محمد : فى جرائم النشر ١٩٥١ .

محمد عبده : الإسلام والنصرانية .

محمد عصفور : سيادة القانون ١٩٦٧ – مذاهب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع .

محمد فؤاد مهنا : الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ١٩٥٦ – القانون الإدارى المصرى ١٩٦٧ ، المجلد الثانى – القانون الإدارى المصرى والمقارن ١٩٥٢ .

محمد قدرى : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية .

محمد كامل ليلة : القانون الدستورى ١٩٦٧ .

محمد محيى الدين عوض : العلانية فى قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه .

محمد مصطفى المراغى : بحوث فى التشريع الإسلامى .

محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى .

محمد وجدى عبد الصمد : قضاء الضرائب ١٩٧٠ .

محمود إبراهيم إسماعيل : الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٩ .

محمود بن إسرائيل : جامع الفصولين .

محمود جمال الدين زكى : دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ١٩٦٤ .

محمود حافظ : التفويض التشريعى فى فرنسا وفى مصر ، رسالة دكتوراه ١٩٥٦ .

محمد شلتوت : الإسلام عقيدة وشريعة .

محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٩ – أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ١٩٧٠ .

محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٢ – شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ١٩٧٢ .

مصطفى خفاجى : صفوة الكلام فى أصول الأحكام ط ٣ .

مصطفى عبد الرازق : تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية .

مصطفى كمال طه : القانون التجارى ١٩٥٦ ، جـ ١ .

مصطفى كيره : نظرية الاعتداء المادى فى القانون الإدارى ، رسالة دكتوراه ١٩٦٣ .

مصطفى مؤمن : قوة الطوارء الدولية ودورها فى قضية السلام ، رسالة دكتوراه ١٩٦١ .

مفيد شهاب : دور محكمة العدل الدولية فى تفسير وخلق قواعد القانون الدولى ، القاهرة ، دار الكاتب العربى ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ .

هشام على صادق : تنازع الاختصاص القضائى الدولى ١٩٧٢ – مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ١٩٦٨ .

يحيى الجمل : الأنظمة السياسية المعاصرة .

Augustin : History of Political Philosophy, edited by Leo Strauss, Chicago 1963.

Austin : Uses of the Study of Jurisprudence, in the province of jurisprudence. Library of ideas ed 1964.

Barrail : Déclarations au colloque des facultés de droit. Revue de science criminelle.

Bellefonds, Y. Linant : Traité de droit Musulman comparé. paris 1965.

Brecht, Arnold : Political science, 1959.

Cathale, Télery : Le contrôle de la légalité administrative pas les tribunaux judiciaires, thèse, Paris, 1966.

Chambre, Henri : Le Pouvoir Soviètique, Introduction à l'étude de ses institutions.

David, René : Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 1964.

Delogu, Tulbio : Les causes de justification, cours de doctorat, Alexandrie 1952 - La loi pénale et son application, le Caire 1956-1957 - La Culpabilité, Alexandrie, 1949-1950.

Drago, R : Traité du Contentieux Administratif, par R. Drago et J-M. Auby, Paris, 1962.

Engels, F : Dialectics of nature - Origin of the family, private property and the state.

Fattal, Antoine : Le statut Légal des Non - Musulmans en pays d' Islam. Beyrouth 1958.

Foulquie : La Volonté, Paris 1951.

Françon, André : L'erreur en droit pénal, quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, Paris 1956.

François, Paul Benoit : Le Droit Administratif Français, Paris, Dalloz 1968.

Garçon : Code pénal annoté 1950. T. 2, 1959. T. 3.

Garraud : Traité theorique et pratique de droit pénal 3e éd.

Gierke, otto : Natural law and the Theory of Society translated with an introduction by Ernest Barker 1958.

Janet : Traité élmentaire de Philosophie, Paris 1923.

Jeanneau, Benoit : Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative 1954.

Kelsen : The communist Theory.

Kinberg : Les problémes fondamentaux de la criminologie, Paris 1959.

Laubadere, André : Traité Elémentaire de Droit Administratif 1967.

Legros, Robert : L'élément moral dans les infractions. Paris 1952.

Lenin, V . I : Marx - Engels - Marxism, Moscow 1953 - Selected works.

Lévasseur : Le domaine d'application dans le temps - Droit Pénal général, Lévasseur et Stefani 1970.

Locke, John : Politics and Education, Introduction by Howard R. Penniman 1947.

Marx & Engels : Correspondence - Manifesto of the comunist party - The holy Family or critique of critical critique, Moscow 1956.

Merlé et Vitu : Traité de droit criminel, Paris 1967.

Mill, John Stewart : Liberty, London 1859.

Montesquieu : L'esprit des lois.

Najib Armanazi : Les principes Islamiques et les rapports internationaux en temps de paix et de guerre. Paris 1929.

Radulesco, Jean : L'influence de l'erreur sur la résponsabilité pénale, Thèse. Paris 1923.

Raules : Traité théorique et pratique de droit criminel. 61 - Vareilles - Sommières, étude sur l'erreur en droit Romain et en droit Français. Tome I.

Rivero, Jean : Droit administratif 1970. Précis Dalloz.

Rousseau, Charles : Droit international public, Paris 1959.

Rousseau, J J. : Contrat Social ou principes du droit politique, Paris 1926.

Russel, Bertrand : Education and the Social order.

Savigny : Traité de droit Romain 1845.

Siorat, Lucien : Le Problème des Lacunes en droit international, Paris 1958.

Stalin, J : Prolems of Leninsm, Moscow 1943.

Vabres, Donnedieu de : Traité de droit pénal et de Législation criminel comparé. 3e édition. Paris 1947 – La politique criminelle des états autoritaires.

Vedel, Georges : Droit dministratif 3e édition - Manuel élémentaire de droit constitutionnel. Paris 1949.

Waline, Marcel : Droit Administratif, 8e édition 1959.

Zaidi, B H : (ed.) Suoted in Messages of Freedom 1963.

ثانيا — مقالات الدوريات

إبراهيم محمد العناني : L'accès à L'arbitrage international ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١٢ ، ع ٢ .

أبو الوفا : طريقة الطعن فى قرارات لجان الطعن بمصلحة الضرائب ، المحاماة س ٥٠ ع ٤ .

أحمد سلامه : مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١٠ ع ١ .

أحمد فتحى سرور : اتجاهات محكمة النقض فى تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية . المجلة الجنائية القومية ع ٢ يوليو ١٩٦٠ .

أمين بدر . معنى الشيك فى خصوص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات . مجلة مصر المعاصرة ع ٢٧٥ .

أوى ، جونيتش : اتجاهات علم القانون فى اليابان ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية س ١ ع ٤ .

بطرس بطرس غالى : المفاهيم الجديدة فى دستور دولة الاتحاد ، السياسة الدولية س ٧ ع ٢٦ .

بواربيه ، جان : علم الأجناس القانونى ، ترجمة فتحى سرور ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية س ١ ع ٤ .

جمال الدين العطيفى : نظام المحكمة الدستورية فى دولة الاتحاد ، السياسة الدولية س ٧ ، ع ٢٦ .

جمال الدين البنان : فى الإقرار ، مجلة إدارة قضايا الحكومة س ٣ ع ٤ .

حمير عبد السيد تناغو : اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء ، مجلة مصر المعاصرة س ٥٨ ع ٣٣٠ — مرة أخرى اصطلاح الأحوال الشخصية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .

صلاح مخيمر : دراسة نقدية للتفسير الاجتماعى من زاوية علم النفس ، مجلة الفكر المعاصر ع ٧٧ يوليو ١٩٧١ .

طعيمة الجرف : نظرية انعدام التصرفات القانونية . مجلة العلوم الإدارية س ٣ ع ١ .

عادل يونس : المحكمة الدستورية العليا . مجلة القضاة س ١ ع ٢ .

عبد الحليم الجندى : الشريعة الإسلامية . مجلة إدارة قضايا الحكومة س ١٥ ع ٤ .

عبد الرزاق أحمد السنهورى : مخالفة التشريع للدستور ، مجلة مجلس الدولة س ٣ .

عبد الوهاب البندارى : أركان الجريمة التأديبية ، المحاماة س ٥٠ .

عبده محرم : سحب القرارات الإدارية الفردية ، مجلة مجلس الدولة س ١ .

عثمان خليل عثمان : تطور القضاء الإدارى فى الجمهورية العربية المتحدة ، مجلة العلوم الإدارية ١٩٥٩ .

عمر السعيد رمضان : بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٤ .

فرج أحمد فرج : التطور الاجتماعي وآثاره النفسية في مصر ، مجلة الفكر المعاصر ، ع ٧٧ .

فؤاد العطار : القضاء الإداري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦١ – كفالة حق التقاضي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١ .

محمد سامي عبد الحميد : الاتجاهات المعاصرة للبحث القانوني في العالم العربي الإسلامي ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، محمد سامي عبد الحميد وبس محمد تاج الدين س ١ ع ٤ .

محمد عصفور : ذاتية التأديب ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، س ٧ ع ٢ – نحو تنظيم جديد لرقابة دستورية القوانين ، جريدة الأهرام (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧١) .

محمد وجدي عبد الصمد : الجهل بالأحكام ، مجلة القضاة س ٣ ع ١ – العلاج النفسي في القانون ، المجموعة الرسمية س ٦١ ع ٣ .

محمود حلمي : عيوب القرار الإداري ، مجلة العلوم الإدارية س ١٢ ع ٢ .

محمود محمود مصطفى : نظرات في تطبيق قانون العقوبات على المكان والأشخاص في الفقه الإسلامي المقارن ، مجلة القضاة س ١ ع ٢ .

محمود نجيب حسني : القصد الجنائي تحديد عناصره وبيان الأحكام التي تخضع له ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٨ .

مصطفى كمال وصفي – انعدام القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة س ٧ – المشروعية في الدولة الاشتراكية ، مجلة العلوم الإدارية ع ٣ ، ١٩٦٦ .

ممدوح عبد الكريم حافظ : لمحات من تطور قانون المرافعات وإشارة خاصة إلى قانون المرافعات العراقي ، مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ع ٣ ، ٤ .

هشام علي صادق : المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره ، مجلة المحاماة س٥٠ ع ٤ .

يحيى الجمل : الحرية في المذاهب السياسية المختلفة ، عالم الفكر ، المجلد الأول ع ٤ (يناير – مارس ١٩٧١) .

Asua, Lius Jimenez de : L'analogie en droit Pénal - Revue de science criminelle 1949.

Barrail : Déclarations au colloque des facultés de droit, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1954.

Bellefonds, y linant De : La conception nouvelle de la famille musulmane dans les récentes réformes législatives en matière de mariage, divorce et succession. Etudes de droit Contemporain (nouvelle Série) contributions françaises. Edition cujas 1966.

Colomer, André : A propos du lien entre le droit et la rligion dans les systèmes juridiques orientaux : Le droit musulman existe - t - il ?

Conte, David (ed) Essential Writings of Karl Marx. London. A London Panther 1967.

Dalloz : Recueil périodique - Répertoire de droit criminel et de Procédure pénale. Paris 1958.

Goldfields. Lena : Arbitration 1929 - 30, Annual Digest, No 1.

Revue international de droit pénal (Rev. inter).

Revue de Science pénitentiaire et Bulletin de la Societé générale de prisons, (Rev. pent).

Sirey (s) : Recueil général des lois et des arrêtés.

Terré, François : Le rôle actuel de la maxime "nul n' est censé ignorer la loi". Etudes de droit contemporain (nouvelle série) contributions françaises· Edition cujas 1966.

ثالثا — مجموعة الأحكام

النشرة القضائية اللبنانية ١٩٦٤ .

مجموعة التشريع والقضاء المختلط .

المجموعة الرسمية .

مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجزائية ومن الدائرة الجزائية ، القاهرة ، المكتب الفني لمحكمة النقض .

مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ، ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، القاهرة ، المكتب الفني لمحكمة النقض .

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المدة من ١٩٢٨ إلى ١٣ يونية ١٩٤٩ ، سبعة أجزاء أصدرها محمود أحمد عمر ١٩٣٢ – ١٩٥٠ .

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس وعشرين سنة منذ إنشائها عام ١٩٣١ حتى نهاية ١٩٥٥ . صدرت عن المكتب الفني لمحكمة النقض (مدني – جزائي) .

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المدة من أول يناير ١٩٥٦ إلى آخر ديسمبر ١٩٦٠ (مدني – جزائي) .

مجموعة قضاء تمييز العراق جـ ٢ و ٣ .

مجلة التشريع والقضاء . تصدر عن دار النشر للجامعات .

مجلة المحاماة ، القاهرة .

مجلة مجلس الدولة .

مجلة نقابة المحامين بدمشق ، مد ١٩ .

ثَبْتٌ بِمَضَامِين الكِتَاب

الفصل الثالث ـ أدلة الأحكام القانونية الدولية

الباب الأول

الفصل الأول ـ التقنين المدنى

الفصل الثانى — الجريمة التأديبية

ثبت بأحكام محكمة النقض

١ – الأحكامُ الصادرةُ من الدوائر الجنائية

(ق)

قانون . قذف . قرارات إدارية

قوة الأمر المقضىّ

قـانون

(أ) القانون الأصلح :

الصفحة

٥ – القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ . جعل إقامة مبنى لا تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه قبل الحصول على موافقة اللجنة الخاصة . فعلا غير مؤثم .

جريمة البناء بدون ترخيص . لم يتناولها القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بالتعديل . وإن شدّد عقوبتها . اعتبار القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ أصلح للمتهم فى هذا الخصوص .

الطعن ٩٥٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٧ / ٢ / ١٩٧٧ ١١٤٦

٦ – قاعدة سريان القانون الأصلح . مجال سريانها . القواعد الموضوعية دون الإجرائية . رفع الدعوى الجنائية فى ظل قانون لا يعلق رفعها على طلب أو إذن . صدور قانون يوجب ذلك . لا أثر له فى صحة إجراءاتها .

القانون ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بما تضمنه من عقوبات . يعتبر أصلح من القانون ٩٥ لسنة ١٩٦٣ فى شأن الاستيراد والتصدير .

الطعن ١٣١٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٧٧ ١١٥٠

٧ – القانون ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث . ناسخ للأحكام الإجرائية والموضوعية الواردة فى قانون الإجراءات والعقوبات . هو أصلح للمتهم الحدث بما تضمنه من عقوبات .

الطعن ١٦٢٤ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٨ / ٢ / ١٩٧٦ ١١٦٣

٨ – إباحة استيراد السلع للأفراد . اعتبار هذه الإباحة قانونا أصلح للمتهم . إباحة استيراد سلعة قبل الحكم النهائى فى جريمة استيرادها . أثره : اعتبار الفعل غير مؤثم . وجوب القضاء بالبراءة . مثال .

الطعن ٤٩٨ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٢٥ / ١٠ / ١٩٧٦ ١١٦٤

٩ – معنى القانون الأصلح فى قصد الشارع ؟ القرارات الوزارية الصادرة فى نطاق قانونى النقد والاستيراد . وفى حدود التفويض التشريعى . لا تعد قانونا أصلح . علة ذلك .

الطعن ٨٠٥ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٢ / ٦ / ١٩٧٥ ١١٦٩

١٠ – حق محكمة النقض فى القضاء بالبراءة عند صدور قانون أصلح ينأى بالفعل عن التأثيم . مثال فى تحميد .

الطعن ١٧١٥ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٧٤ ١١٧٩

١١ – اعتبار قرار وزير التموين ١٥١ لسنة ١٩٦٨ – الصادر بعد وقوع الجريمة وقبل الحكم فيها نهائيا – بإلغاء القرار ٤٠ لسنة ١٩٦٨ الذى كان يحظر نقل العدس خارج المحافظات – قانونا أصلح . وجوب اتباعه دون غيره .

الطعن ١٥٠٥ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٧٠ ١٢٠٨

١٢ – تعاير مواصفات الردة على توالى القرارات الوزارية الصادرة

الصفحة

بتحديدها . لا يتحقق به معنى القانون الأصلح . مادامت جميعها متفقة على تحديد مواصفات لاستخراجها وتأثيم عدم مطابقتها لهذه المواصفات .

الطعن ١٩٥٥ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٣ / ١ / ١٩٦٩ ١٢٢٢

١٣ – قرار تخفيض وزن رغيف الخبز عن الوزن المقرر له وقت إنتاجه . لا يتحقق به معنى القانون الأصلح .

الطعن ١٠٠ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٣ / ٣ / ١٩٦٩ ١٢٢٤

١٤ – تخفيف القانون ٥٣ لسنة ١٩٦٦ للعقوبة الواردة بالمادة السابعة من القانون ١١ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الدورة الزراعية .

عدم جدوى التمسك بتطبيق القانون الأصلح مادام أن العقوبة المقضى بها تدخل فى الحدود المقررة للقانون ١١ لسنة ١٩٦٤ .

عدم جواز إلزام المتهم بمصاريف ألغاها القانون الجديد الأصلح .

الطعن ٢٢٦٢ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ١٥ / ١ / ١٩٦٨ ١٢٣٠

١٥ – اعتبار قرار وزير التموين الرقيم ٢٠ لسنة ١٩٦٧ قانونا أصلح من القرار ١٥٢ لسنة ١٩٦٦ لتركه للقاضى الخيار بين عقوبة الحبس وبين عقوبة الغرامة بعد أن كان القرار القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا بحد أدنى . لا يغير من ذلك قضاء المحكمة بعقوبة تدخل فى حدود العقوبة المقررة فى القانون الجديد . مادامت قد التزمت الحد الأدنى للعقوبة المقررة فى القرار القديم مما يشعر بأنها إنما وقفت عند حد التخفيف ولم تستطع النزول إلى أدنى مما نزلت مقيدة بهذا الحدُّ .

الطعن ١٢١٨ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٨ / ١١ / ١٩٦٨ ١٢٣٢

١٦ – القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . أصلح للمتهم من القانون القديم . أساس ذلك وأثره ؟ مثال .

الطعن ٦٠٥٤ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٢٠ / ٣ / ١٩٨٦ ١٠٧٩

١٧ – تجريف الأرض الزراعية لتحسينها زراعيا أو المحافظة على خصوبتها . غير معاقب عليه . القانون ١١٦ لسنة ١٩٨٣ . وجوب تطبيقه باعتباره القانون الأصلح .

الطعن ٥٧١٦ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٥ ١٠٨٨

١٨ – القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بشأن المبانى . أصلح للمتهم بما تضمنته أحكامه من وقف نظر الدعاوى المنظورة أمام المحاكم لمخالفة أحكام القانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ . مالم يكن قد صدر فيها حكم نهائى . وذلك للمدة التى تنتهى فى ٧ / ٥ / ١٩٨٥ . وإعفاء الأعمال المخالفة التى لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه من الغرامة المقررة فى المادة الثالثة من القانون ٣٠ لسنه ١٩٨٣ .

الطعن ١٠٠٠ لسنة ٥٥ قضائيه جلسة ٣ / ٤ / ١٩٨٥ ١٠٩١

الصفحة

(ب) الجهل بالقانون :

الصفحة

(ج) القانون الوقتى :

الصفحة

الضمنى المستفاد من ظروف وضع التشريع وملابساته . لا يكفى
الطعن ٦٠٠ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٦٨ ١٢٣٠

٢ – القانون الذى يسرى لفترة محدّدة . وجوب تضمّنه نصا صريحا بذلك . التحديد الضمنى . لا يكفى . مثال فى القوانين والقرارات الخاصة بالتموين والتسعيرة الجبرية والأوامر العسكرية التى تصدر لمناسبة الأحكام العرفية .
الطعن ٤٧٥ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٦٧ ١٢٣٣

(د) إلغاء القانون :

١ – إلغاء النص التشريعى . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق ينصّ صراحة على الإلغاء . أو شموله نصا يتعارض مع التشريع القديم . أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . ورود نصّ تشريعى لاحق على المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية . أثره ؟ .
الطعن ٤٤٤٢ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ١٠ / ١٢ / ١٩٨٦ ١٠٦٤

٢ – الأمر العسكرى ١٥ لسنة ١٩٧٣ . لم ينسخ ضمنا الأمر العسكرى ٨ سنة ١٩٧٢ الصادر من محافظ مطروح . علة ذلك ؟ التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق .
الطعن ٣٩ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١١ / ٤ / ١٩٧٦ ١١٥٨

٣ – التزام التشريعات بالنزول على أحكام الدستور وإلا تعين إهدارها . ولو كانت سابقة عليه . نص الدستور على حظر دخول المسكن أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب . نص صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سنّ تشريع أدنى . المادة ١٩١ من الدستور .
الطعن ٢٠٠ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٧٥ ١١٦٧

٤ – إلغاء النص التشريعى . لا يجوز إلا بتشريع لاحق . القانون الجنائى . طبيعته .
الطعن ١٦٢٧ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٧٢ ١١٨٤

٥ – إلغاء التشريع أو تعديله . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق . مماثل له أو أقوى منه . ينص على ذلك صراحة أو ضمنا . قرار وزير التموين ١١٦ لسنة ١٩٦٧ . لم يتناول بالإلغاء الصريح أو الضمنى أوزان الخبز البلدى التى حددتها المادة ٢٤ من القرار ٩٠ لسنة ١٩٥٧ . بقاء تلك الأوزان سارية المفعول .
الطعن ١٦٩٤ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٤ / ١ / ١٩٧١ ١١٩٦

٦ – لا بطلان على مخالفة الإجراءات الخاصة بأخذ العينة وتحليلها وإخطار صاحب الشأن بنتيجتها فى ظل التشريعات الصادرة فى شأن صناعة وتجارة الصابون بعد إلغاء القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ .

الصفحة

ما نصّ عليه القرار الوزارى ٣٢٣ لسنة ١٩٥٩ من بطلان إجراءات أخذ العينة إذا لم يعلن صاحب الشأن بنتيجة التحليل فى الأجل المحدد . لا يقيد المحاكم . علة ذلك ؟ خضوع إثبات الغش فى صناعة الصابون لقواعد الإثبات العامة . علم المتهم بغش ما يصنعه . يستفاد ضرورة من كونه منتجا له . عدم قبول التذرّع بجهله .
الطعن ١٣٨٤ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٣ / ١ / ١٩٦٩ ١٢٠٩

٧ – إلغاء القانون ١٩١ لسنة ١٩٦١ لرسوم الاستيراد المقررة بالقانون ١٥٩ لسنة ١٩٥٨ . مؤداه . نسخ الإلزام بالتعويض المنصوص عليه فى القانون ٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن الاستيراد . حصول واقعة الدعوى بعد إلغاء تلك الرسوم . قضاء الحكم بالتعويض . خطأ . حق محكمة النقض فى تصحيحه جزئيا دون تحديد جلسة ولو كان الطعن لثانى مرة . أساس ذلك ؟
الطعن ١٧٤ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٦٩ ١٢٢٥

(ز) تطبيق القانون :

١ – لرئيس الجمهورية . متى أعلنت حالة الطوارىء . اتخاذ التدابير المنصوص عليها فى المادة ٣ من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ . دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية . اتخاذ هذه التدابير . من جهة الإدارة المختصة . بمقتضى أوامر شفوية . جائز بشرط تعزيزها كتابة خلال ثمانية أيام . وجوب أن يكون التعزيز مطروحا أمام محكمة الموضوع متى تعلقت التدابير بحرية الأفراد . لايضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس .
الطعن ١٢٣٠ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٨٥ ١٠٩٤

٢ – مناط تطبيق كل من فقرتى المادة ٣٢ عقوبات وأثر التفرقة بينها فى تحديد العقوبة . مثال فى جريمتى استيراد سبائك ذهبية على خلاف القانون ، وتهريبها . القضاء بتصحيح الحكم المطعون فيه بإلغاء عقوبة التهريب الجمركى . لايمنع منه نص المادة ١٢٢ من قانون الجمارك . علة ذلك ؟
الطعن ٥٧٣ لسنة ٥١ قضائية جلسة ١١ / ١١ / ١٩٨١ ١١٢٧

٣ – كون الشىء المبدّد غير مملوك لمرتكب الاختلاس . شرط لوقوع جريمة التبديد .

جريمة المادة ٣٤٢ عقوبات . استثناء من هذا الأصل . عدم جواز القياس عليه . أساس ذلك . لاجريمة ولاعقوبة بغير نص .
الطعن ٥٠٧ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٦ / ١٠ / ١٩٧٨ ١١٤٦

الصفحة

اتخاذ المتهم بعد ذلك لدى جهة الإدارة الإجراءات لاستصدار ترخيص جديد . لايؤثر فى قيامها .

وجوب إخطار جهة الإدارة صاحب الشأن برفض طلب تجديد الترخيص . يكون عند رفضها الطلب المقدم لها بالتجديد فى الميعاد المنصوص عليه فى قرار وزير الداخلية .

الطعن ١٣٣٠ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٦ / ٥ / ١٩٨١ ١١٣٣

٦ – عقوبة السجن . اقترانها بطبيعتها بالشغل . على خلاف عقوبة الحبس بنوعيه . المادة ١٦ عقوبات . أثر ذلك : عدم جدوى النعى على الحكم إقرانه الشغل بعقوبة السجن

القضاء بإيقاف تنفيذ عقوبة السجن . خطأ فى القانون . واجب الإلغاء . المادة ٥٥ عقوبات .

الطعن ٢٩٠ لسنة ٤٨ قضائية ١١ / ٦ / ١٩٧٨ ١١٤٥

حق المحافظ فى إصدار قرار بإعفاء أبنية بذاتها من أحكام القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ والقرارات المنفذة له .

مجرد صدور توجيهات من المحافظ بالتمكين من إنهاء الأعمال فى مبنى معين . عدم اعتبارها قرارا بالإعفاء من أحكام القانون المذكور.

الطعن ١١٨٤ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٧٧ ١١٤٩

٨ – استيراد الأفراد للسلع بقصد الاتجار . دون مراعاة الشروط المقررة . مؤثم . سواء فى ظل القانون ٩٥ لسنة ١٩٦٣ أو فى ظل القانون ١١٨ لسنة ١٩٧٥ الذى حل محله .

للأفراد الحق فى استيراد احتياجاتهم من السلع لاستعمالهم الشخصى أو الخاص من مواردهم الخاصة . مباشرة أو عن طريق الغير . طبقا للقرارات التى تصدر من وزير التجارة .

الطعن ١٣١٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٧٧ ١١٥٠

٩ – حظر الجمع بين المحاماة والأعمال الواردة حصرا فى المادة ٥٢ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ . أصل عام . يستثنى منه تولى أعمال المحاماة بالهيئات والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها وشركات القطاع العام .

الجمع بين المحاماة وإحدى الوظائف العامة أو الخاصة أو منصب رئيس مجلس إدارة أو العضو المنتدب فى الشركات المساهمة . جائز لمن يشغلون بالفعل هذه المناصب وقت صدور القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ .

الطعن ٧ لسنة ٤٦ قضائية « نقابات » جلسة ٢٢ / ١١ / ١٩٧٦ ١١٥٦

١٠ – تكليف الأطباء والصيادلة وأطباء الأسنان على موجب حكم القانون

الصفحة

١٨٣ لسنة ١٩٦١ . مدته سنتان قابلة للتجديد لمدد أخرى مماثلة إذا دعت الحال . شريطة صدور قرار جديد بذلك .

صدور قرار التكليف متضمنا تجديده تلقائيا لمدد أخرى مماثلة . بطلانه . القياس فى مجال التأثيم . محظور .

الطعن ١١٩٢ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٧٥ ١١٧٦

١١ – الشارع المصرى لم يرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة بالجداول الملحقة بالقانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ بعد العمل باتفاقية نيويورك بدلالة عدم صدور قرار وزارى طبقا للمادة ٣٢ من قانون المخدرات بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب فى المواد الواردة بتلك الجداول .

الطعن ١٦٢٧ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٧٢ ١١٨٤

١٢ – لاعقوبة الا بنص . عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى . الأخذ فى حالة الشك بالتفسير الأصلح للمتهم .

إدانة المتهم بأنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها طبقا لنص المادة ٢٩٢ / ١ عقوبات . خطأ فى تأويل وتطبيق القانون . نص المادة مقصور على صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه . لايصح التفسير بشمول حالة الرؤية .

الطعن ١٥١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٢ ١١٨٦

١٣ – عقوبة الجنحة المقررة فى المادة ٢٢٢ عقوبات . قصد بها الشارع التزوير المعنوى دون المادى .

جرائم التزوير المعاقب عليها بعقوبات مخففة بموجب المواد ٢١٧ ومابعدها من قانون العقوبات . استثناء لايصح التوسع فيه .

الطعن ٥٥١ لسنة ٥٢ قضائية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٧٢ ١١٨٧

١٤ – إقامة البناء على أرض واقعة على حافة الطريق العام . افتراض الشارع أن المرافق العامة المفروض على المقسم إنشاؤها . موجودة فعلا . تسليم النيابة فى طعنها أن مهندس التنظيم شهد إقامة البناء على قطعة أرض تقع على حافة الطريق العام . صحة القضاء بإلغاء عقوبة الإزالة فى هذه الحالة .

الطعن ٢٣٨ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٣ / ٤ / ١٩٧٠ ١٢٠٣

١٥ – متى تتحقق جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة أو محددة الربح ؟ تخصيص عموم النص بغير مخصص . لايصح .

الطعن ٢٠٤٨ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٦٩ ١٢١٩

١٦ – الأحكام القانونية تدور مع علتها لامع حكمتها . عدم جواز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وضوح النص .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات . أخف من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ و ٣

الصفحة

الصفحة

(ط) سريان القانون من حيث الزمان :

(ن)

نظام عام . نقض .

نظام عام :

٢ – الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية

عرف

قانون

دستوريته :

الصفحة

دعوى التعويض الناشئة عن وفاة أحد ضباط القوات المسلحة بسبب الخدمة . هى من الدعاوى التى تسرى عليها المادة ١١٧ من القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ المانعه من التقاضى . والتى قُضى بعدم دستوريتها .

الطعنان ٥٠٧ و١٣٥٤ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٨٠ ١٢٧٠

٤ - القبض أو الحبس دون سند قانونى. جريمة معاقب عليها . م ٢٨٠ عقوبات .

المادة ٥٧ من الدستور . صلاحيتها بذاتها للإعمال دون حاجة لصدور تشريع به .

القوانين واللوائح الصادرة قبل الدستور . بقاؤها صحيحة ونافذة . م ١٩١ من الدستور . عدم انصراف هذا النصّ إلى التشريع الذى اعتُبر ملغيًا أو معدَّلاً بقوة نفاذ الدستور ذاته .

دعوى التعويض عن جريمة القبض على شخص وحبسه . القضاء بوقف تقادمها حتى ثورة التصحيح فى د / ٥ / ١٩٧١ . عدم اكتمال مدة التقادم حتى تاريخ نفاذ الدستور فى ١١ / ٩ / ١٩٧١ . أثره . عدم سقوط الدعوى بالتقادم .

الطعن ١٠٩٧ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١٥ / ٢ / ١٩٧٩ ١٢٨٢

٥ - الدفع بعدم دستورية القوانين . غير متعلق بالنظام العام . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

الطعن ٤٦٣ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٧٨ ١٢٩٥

٦ - مصادرة المبالغ مقابل عدم إقامة الدعوى الجنائية أو التنازل عنها . م ١٤ قانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ . عدم دستوريتها . م ٣٦ من الدستور . أيلولة هذه المبالغ للدولة بالصلح . شرطه ؟

قرار التصالح الذى تصدره الجهة الإدارية بغير رضاء المتهم . لا تترتب عليه أيلولة الأموال المضبوطة للدولة . مثال فى جريمة نقد .

الطعن ١٧٩٣ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٦ / ٥ / ١٩٨٢ ١٤١٤

العلم بالقانون :

١ - اللوائح - المتممة للقوانين - قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها فى حق الإدارة من تاريخ صدورها ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج بها فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر . مثال بشأن قرار مدير عام الجمارك ٤ لسنة ١٩٦٣ .

الطلب ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٨ ١٣١١

٢ - خلوُّ الأوراق مما يُفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه . أو علمه به علمًا يقينيًا . إرسال الجريدة الرسمية لصالة بيع المطبوعات الحكومة فى

الصفحة

١٠ / ٩ / ١٩٧٤ . اعتبارُ هذا التاريخ بدايةً لافتراض علم الطالب بالقرار المنشور بها فى ٥ / ٩ / ١٩٧٤ .

الطعن ٩٩ لسنة ٤٤ قضائية « رجال القضاء » جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٧٥ ١٣٥٧

٣ - القرار الإدارى يُعد موجودًا قانونًا بمجرد إصداره . التزام جهة الإدارة بتنفيذه ولو لم ينشر . عدم جواز الاحتجاج به على الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . علة ذلك ؟

الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بشأن فرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص . قرار إدارى فردى . عدم نفاذه فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . لا عبرة بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره . علة ذلك ؟

الإقرار بالمديونية الصادر ممن فُرضت عليه الحراسة قبل نشر الأمر المذكور . لا يلحقه البطلان .

الطعن ٤٣ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٧٥ ١٣٥٩

٤ - افتراض علم الكافة بالقانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات . المدرج فى الجريدة الرسمية فى تاريخ صدوره فى ٢٨ مايو ١٩٥٣ . والمعمول به من تاريخ نشره . مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض . دفع المستأنف بأنه قد استحال عليه العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه صحيفة الاستئناف لقلم الكتاب بقولة إن الجريدة الرسمية التى نشر فيها ذلك القانون . لم توزع إلا بعد تاريخ تقديمه الصحيفة . وجوب تحقيق هذا الدفاع . عدم تحقيقه . قصور .

الطعن ٢٥٦ سنة ٢٤ قضائية جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٥٨ ١٤٠٨

الجهل بالقانون والغلط فيه :

١ - الغلط فى القانون . للمتعاقد طلب إبطال التصرف لهذا السبب . شرطه ؟ المادتان ١٢٠ و١٢٢ مدنى .

تفسير عبارات العقد . رهن بعدم وضوحها فى الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقد . مؤدى ذلك ؟ إبطال العقد كلما وقعت الإرادة فى غلط .

الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية للمكان المؤجر . جائز . ثبوت أن الاتفاق كان وليد غلط فى القانون . جواز التمسك بإبطاله

الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٨ ١٢٩٦

٢ - الدفع بالجهل بالقانون . شرطه ؟ أن تكون المخالفة لقاعدة غير متعلقة بالنظام العام . إعمال المتعاقد قاعدة قانونية فى غير محلها . هو غلط فى القانون .

تخفيض المؤجر للأجرة بواقع ١٥٪ إعمالاً للقانون ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ . رغم عدم انطباقه . عدم اعتداد المحكمة بهذا التخفيض استنادًا إلى أنه غلط فى القانون . لا خطأ .

الصفحة

٥ – الحكم الصادر فى دعاوى إشهار الإفلاس . ميعاد استئنافه . خمسة عشر يومًا من تاريخ إعلانه . م ٣٩٤ قانون التجارة . المواعد المستحدثة فى قانون المرافعات . عدم اعتبارها ناسخة لما نصت عليه القوانين الخاصّة من إجراءات ومواعيد .

الطعن ١٤٨ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٨ / ٥ / ١٩٧٥ ١٣٦١

٦ – نصّ المادة ٢٢١ مرافعات . عدم سريان حكمه على المنازعات الإيجارية الناشئة عن تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . علة ذلك ؟

الطعن ٢٣٧ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٧٥ ١٣٦٢

٧ – العاملون بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . علاقتهم بها تعاقدية لا تنظيمية . خضوعها لأحكام قوانين العمل ونظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . عدم اعتبار القرارات التى تصدرها الشركات فى شأنهم قرارات إدارية . اختصاص القضاء العادى بنظر المنازعات المتعلقة بهذه القرارات .

منشور الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة المنظم لإجراءات التظلم من قرارات التقييم . تعليمات إدارية ليست لها منزلة التشريع . عدم التعويل على ما تضمنه بشأن الجهة المختصة بنظر التظلم من قرارات التقييم . انعقاد الاختصاص للقضاء العادى بنظر التظلم من هذه القرارات .

الطعن ١٦٥ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٧٤ ١٣٨١

٨ – قواعد المرافعات يسرى عليها قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات . سريانها على كافة المنازعات سواء كانت وطنية فى جميع عناصرها أو لم تكن . هذه القاعدة لا تستند إلى فكرة النظام العام . عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ مدنى فى هذا الخصوص .

قواعد المادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى . تنظم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى دعوى المسئولية . عدم مساسها بموضوع الحق . خضوعها لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ مدنى . رغم عدم تعلقها بالنظام العام .

الطعن ٣٩٣ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٧١ ١٤٠٢

الأثر الرجعى للقانون :

١ – تصويب الخطأ المادى أو المطبعى . اعتباره جزءًا من النصّ التشريعى المصحّح وله نفس قوته . تجاوز الاستدراك هذا النطاق وانطواؤه على تغيير فى النص المنشور لفظًا ومعنى . لا حجية له . ولا أثر له بالنسبة للنص الأصلى الذى يتعين إعمال أحكامه .

النص القانونى الجديد . عدم انعطاف أثره على الماضى ما لم يُنصّ على سريانه

الصفحة

استثناءً بأثر رجعى . أو كان نصاً مفسّرا للنصّ القديم .

الطعن ٣٧ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ١٨ / ١ / ١٩٦٦ ١٤٠٦

٢ – إلغاء أو تعديل النصّ التشريعى . عدم جوازه من سلطة أدنى فى مدارج التشريع إلا بتفويض خاص من السلطة الأعلى أو من القانون . وفى حدود هذا التفويض .

الأصل فى القوانين ألا تكون ذات أثر رجعى إلا ما استثنى بنصّ خاص .

الطعن ١٨١ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢ ١٣٩٧

٣ – عدم جواز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون فى مسائل العقوبات . مثال .

الطعن ٤٣ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٧٥ ١٣٥٩

٤ – سريان التقادم المكسب فى حق القاصر فى القانون الحالى . متى كان للقاصر نائب يمثله . حكم مستحدث ليس له أثر رجعى . م ٨٤ من القانون المدنى السابق و ٩٧٤ من القانون المدنى القائم .

الطعن ٢٥٩ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٤ / ١ / ١٩٧٧ ١٣٢٢

٥ – إحالة القانون إلى بيان محدَّد فى قانون آخر . أثره .

اعتباره جزءًا من القانون الأول . الإحالة المطلقة . أثرها . وجوب التقيُّد بما يطرأ على القانون المحال إليه فى هذه الحالة من تعديل أو تغيير . مثال .

الطعن ١١٤ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٧٩ ١٢٩٤

إلغاء القانون :

١ – إلغاء التشريع . سبيله . م ٢ مدنى . القانون ١٣٨ لم يلغ القانون ٤٤ لسنة ١٩٦٤ . أساس ذلك .

الطعن ٦٢ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١٣ / ١ / ١٩٨١ ١٢٥٤

٢ – إلغاء القانون لمحكمة أو جهة اختصاص . أثره . حصول الإلغاء بمجرد نفاذ القانون . ما لم يُنصّ على غير ذلك . مثال .

الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦ ١٣٤٩

٣ – صدور القانون المدنى فى تاريخ لاحق للقانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن . غير ناسخ له . علة ذلك ؟

الطعن ٨٣٩ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٨ ١٣٩٩

٤ – النصّ فى قانون المرافعات على إلغاء كل نصّ آخر يخالف أحكامه . لا يلغى ضمنًا النص الوارد فى قانون خاص . م ٢٢١ مرافعات لا تسرى على المنازعات الإيجارية الناشئة عن تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

الطعن ٢٣٧ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٧٥ ١٣٦١

٥ – جواز إلغاء التشريع عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه .

التشريع التفسيرى :

التفويض التشريعى :

الصفحة

٥ - قرارات السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية . قرارات إدارية . مدى حجيتها . حق القضاء الإدارى فى إلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها . حيازتها حجية التشريع بإقرار المجلس النيابى .

التفويض التشريعى المقرر بق ١٥ لسنة ١٩٦٧ . سنده وحدوده . ما تضمّنه القرار بق ٨٣ لسنة ١٩٦٩ - الصادر بالاستناد إلى هذا التفويض - من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات إعادة التعيين فى وظائفهم أو النقل إلى وظائف أخرى مُحالين إلى المعاش بحكم القانون . خروجه عن نطاق التفويض . أثر ذلك .

الطلب رقم ٢٤ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٩ / ٤ / ١٩٧٣ ١٣٩٢

٦ - إلغاء أو تعديل النصّ التشريعى . عدم جوازه من سلطة أدنى فى مدارج التشريع إلا بتفويض خاص من السلطة الأعلى . أو من القانون . وفى حدود هذا التفويض .

البيان المرافق للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ . جزءٌ منه . قرار وزير الحربية ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ بتعديل فئتى الرسم الواردتين بهذا البيان . صدوره فى حدود التفويض المقرر بالمادة الأولى من نفس القانون .

الطعن ١٨١ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢ ١٣٩٧

تفسير القانون :

١ - الطلب . ماهيته . سبب الدعوى . ماهيته . الاستئناف . أثره . م ٢٣٢ مرافعات . وجوب تصدّى محكمة الاستئناف للأسباب التى لم تفصل فيها محكمة أول درجة . علة ذلك ؟

الأسباب التى تجيز طلب إخلاء العين المؤجرة بالمادة ١٨ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اعتبارها تحديدًا للوقائع التى يستمدُّ منها المؤجر الحق فى طلب الإخلاء .

إقامة المؤجرة دعواها بالإخلاء للتأجير من الباطن ولسببين آخرين . إلغاء الحكم من المحكمة الاستئنافية لانتفاء واقعة التأجير من الباطن . عدم تعرضها لباقى أسباب الإخلاء رغم عدم التنازل عنها . خطأ .

الطعن ١٨٠٦ لسنة ٥١ قضائية « هيئة عامة » جلسة ٢٢ / ١٢ / ١٩٨٦ ١٢٤٨

٢ - الوضع الظاهر . قاعدة واجبة الإعمال . متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك . اعتبار التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية نافذا فى مواجهة صاحب الحق متى أسهم الأخير بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق .

الطعن ٨٢٦ لسنه ٥٤ قضائية « هيئة عامه » جلسه ١٦ / ٢ / ١٩٨٦ ١٢٥٠

٣ - اعتبار الورقة رسمية . مناطه . م ٣٩٠ مدنى المقابلة للمادة ١٠ إثبات .

الصفحة

الأوراق الصادرة من موظفى البعثات الدبلوماسية والسفارات الأجنبية . لاتُعدُّ أوراقا رسمية .

تخفيض القيمة الإيجارية المتعاقد عليها طبقا للقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . وجوب احتساب ربط العوائد والإعفاءات منها على أساس الأجرة بعد التخفيض . مؤدى ذلك ؟ سقوط الربط السابق بأثر رجعى .

الأجرة الاتفاقية الخاضعة للتخفيض الوارد بالقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . اختلافها من عقد لآخر . عدم جواز التحدى بتماثل الأماكن أو الإخلال بالمساواة بين المستأجرين .

الطعن ١٢٣ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٩ / ٢ / ١٩٧٧ ١٣١٧

٤ - الوعد بالجائزة . أركانه . م ١٦٢ مدنى . توجيه الوعد لشخص معين . لايُعدُّ وعدا بجائزة . مثال بشأن الاتفاق على أتعاب المحامى .

عناصر تقدير أتعاب المحامى المبينة بالمادة ٤٤ قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . ليست واردة على سبيل الحصر .

التزام الوكيل بأجر . التزام ببذل عناية . جواز الاتفاق على أن يكون التزاما بتحقيق غاية . عند كسب الدعوى .

سريان الفوائد من تاريخ المطالبه القضائيه . شرطه ؟ أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . المقصود بذلك . ألا يكون للقضاء سلطة فى تقديره . مثال بشأن أتعاب المحامى . بطلان الاتفاق على استحقاق المحامى نسبة معينة مما يحكم به فى الدعوى . قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . وجوب تقدير القاضى للأتعاب .

الطعن ٤٨٢ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٧٧ ١٣١٩

٥ - تنفيذ الالتزام . وجوب الرجوع إلى ماورد فى العقد دون نقص أو زيادة إلا أن يكون من مستلزمات التنفيذ . استخلاص حسن النية فى تنفيذ العقد . من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

الطعن ٨١١ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٧٧ ١٣٢١

٦ - للشخص أن يغير دينه أو مذهبه . ليس لأية جهة قضائية البحث فى ذلك . إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها .

الطلاق الرجعى . حكمه ؟ أثره ؟

الرجعة ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة . هى حق ثابت مقرر للزوج وحده . لايملك إسقاطه . لايشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها .

مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية فى فترة العدَّة دون اعتراض من زوجها . لا يعتبر رجعة . علة ذلك ؟

الطعن ١٧ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٥ / ١١ / ١٩٧٥ ١٣٦٧

٧ - إغفال المحامى استصدار إذن من النقابه قبل أن يشكو زميلا له أو يتخذ إجراءات قانونيه ضده . م ٣١ قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . لايؤدى إلى بطلان

الصفحة

الإجراء . مخالفه المحامى لهذا النص . أثرها . مساءلته تأديبيا .

الطعن ٣٧٠ لسنه ٣٦ قضائية جلسة ٥ / ٣ / ١٩٧٤ ١٣٨٠

٨ - البدل . متى يكون جزءا من الأجر ومتى لايكون كذلك ؟ بدل التمثيل .

الطعن ٥٦٥ لسنة ٣٥ قضائية جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٢ ١٣٩٥

٨ - القانون بمعناه العام . المقصود به القرارات واللوائح . بدء سريانها . القرارات الوزارية بشأن الإباحة للمستأجر بتأجير وحدات مفروشة لأغراض السياحة وغيرها . سريانها على العقود التى تبرم فى ظلها . أو السارية وقت العمل بها .

الإباحة للمستأجر بالتأجير مفروشا لأغراض السياحة وغيرها . م ٢٦ قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . قصره على مناطق معينة بالنسبة للسائحين . تقييده بالنسبة للطلبة بتلقى العلم داخل الجمهورية بعيدا عن موطن الأسرة .

الطعن ٥٥١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٧ / ١٢ / ١٩٧٧ ١٣٢٤

١٠ - الأخطاء غير المادية . عدم جواز الالتجاء إلى ذات المحكمة لتصحيحها .

الادعاء بوجود تقصير فى تشريع المرافعات بشأن الطعن فى أحكام محكمة النقض . طلب الطاعن الاستهداء بالمصادر الأخرى للتشريع المشار إليها فى المادة الأولى من التقنين المدنى . لامحل له . علة ذلك ؟

الطعن ٧٧٠ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٧ ١٣٣١

١٠ - الموطن فى مفهوم المادتين ٤٠ مدنى ؛ ٢٠ من اللائحة الشرعية . المكان الذى اعتاد الشخص الإقامة فيه بصفة مستمرة . التغيب عنه فترات لا أثر له .

اختلاف فكرة الموطن فى القانون الداخلى عنه فى القانون الدولى الخاص . المقصود بالموطن فى القانون الأخير . الأجانب المقيمون فى بلد لاينتمون بجنسيتهم إليه . جواز اعتباره موطنا لهم .

ميعاد استئناف الأحكام الحضورية فى دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب . ١٥ يوما من تاريخ صدورها . امتداده إلى ٦٠ يوما بالنسبة لغير المتوطنين فى مصر .

الطعن ٣٦ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ١ / ٦ / ١٩٧٧ ١٣٣٨

١١ - مكافأة الإنتاج . ارتباطها بالعمل وجودا وعدما . عدم استحقاق العامل لها خلال فترة إبعاده عن العمل .

اعتبار المنحة جزءا من الأجر . شرطه ؟ وجوب التقيد بما جرى عليه العرف فى هذا الخصوص .

وجوب ضم المنحة إلى الأجر عند حساب بدل مهلة الإنذار . الأجر من عناصر تقدير التعويض ويرتبط به .

الطعن ٦٦٤ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٧٦ ١٣٤٥

١٢ - عقد الإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن . امتداده تلقائيا لمدة غير

الصفحة

محددة . الدعوى بطلب إخلاء العين المؤجرة بمقتضاه لعدم الوفاء بالأجرة . غير قابلة لتقدير قيمتها .

جواز توقى طلب الإخلاء بأداء الأجرة المستحقة وفوائدها والمصاريف الرسمية قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .

النص القانونى الواضح . لامحل لتأويله بدعوى الاستهداء بمراحله التشريعية أو بالحكمة التى أملته .

الطعن ٣٢٩ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٧٦ ١٣٤٦

١٣ - المطالبة القضائية بالتعويض بعد العمل بالقانون المدنى القائم . عدم سريان الفوائد إلا من تاريخ الحكم النهائى به .

الطعن ٤٧٥ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٧٦ ١٣٤٨

١٤ - صدور التوكيل فى قبرص . التصديق عليه من السلطات الرسمية بها وتصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة أيضا . تم تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصلية . كاف لإسباغ صفة الوكالة على المحامى . خلو التوكيل من تصديق القنصل المصرى بقبرص . لا أثر له . علة ذلك ؟

التدخل الخصامى فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفضها . وجوب الفصل فى طلب التدخل قبل القضاء بصحة التعاقد أو قبول الصلح بشأنه .

قضاء محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وبعدم قبول طلب التدخل . استنفاد ولايتها فى النزاع . القضاء بإلغاء الحكم استئنافيا وقبول التدخل . وجوب المضى فى نظر موضوع التدخل . علة ذلك ؟

الطعن ٥٩ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٧٥ ١٣٦٣

سريان القانون من حيث الزمان :

١ - صدور تشريع لاحق يستحدث حكما جديدا يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة المتعلقة بالنظام العام . سريانه بأثر فورى على المراكز التى لم تستقر نهائيا وقت نفاذه . تعلق التعديل ببعض شروط القاعدة الآمرة . دون مساس بذاتيها . كما لو استوجب لتطبيقها شروطا خاصة بإجراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة من قبل . عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذه على الوقائع التى نشأت فى ظله . م ٢ مرافعات والمادة ٩ مدنى . مثال : م ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

الطعن ٢٢١٩ لسنة ٥٣ قضائية « هيئة عامة » جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٥ ١٢٥١

٢ - وجوب نظر الدعوى التى أقيمت قبل العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ طبقا للقواعد والإجراءات السارية قبل نفاذه . المادة ٨٥ منه . سريان ذلك على تلك الدعاوى بمراحلها المختلفة مادامت قد أقيمت قبل القانون الجديد . وإن

الصفحة

أدركها بعد رفعها . عدم انصراف ذلك إلى الأحكام الموضوعة التى احتواها القانون المذكور .

الطعن ٧٢٢ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٨١ ١٢٥٦

٣ - المراكز القانونية الاتفاقية التى نشأت فى ظل القانون القديم . خضوعها له فى آثارها وانقضائها . القواعد الآمرة فى القانون الجديد . وجوب إعمالها بأثر فورى على هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها على مالم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها . مثال . م ٢٩ قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وما استحدثته من امتداد العقد للمقيمين حق الأقارب من الدرجة الثالثة فى حالتى الوفاة أو الترك . الحكم بإعمال القانون القديم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . خطأ .

الطعن ٤٠٢ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٧ / ٢ / ١٩٨١ ١٢٥٧

٤ - الطعن فى الحكم . جوازه أو عدم جوازه . العبرة بالقانون السارى وقت صدور الحكم .

الطعن ٢٨ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٨١ ١٢٦٠

٥ - العاملون بالزراعة لدى من تزيد حيازته على خمسة أفدنة فى ١ / ٩ / ١٩٧٣ أو بعده . ممن لاتقل مدة عملهم عن ستة أشهر متصلة . سريان أحكام تأمين إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاة عليهم من ٣ / ٧ / ١٩٧٤ تاريخ العمل بالقرار الوزارى ٥ لسنة ١٩٧٤ . لاعبرة بتاريخ سريان القرار الجمهورى الذى قضى بسريان التأمين عليهم .

الطعن ٧٥٨ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٧٩ ١٢٨٧

٦ - تأجير المكان مفروشا فى ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والقرار الوزارى ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ . سريان أحكام هذا القانون والقرار على واقعة التأجير . ولو كان عقد الإيجار قد أبرم قبل صدور القانون المذكور .

الطعن ٩٣١ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٥ / ٥ / ١٩٧٩ ١٢٨٩

٧ - سريان القانون الجديد بأثر مباشر على الوقائع التى تقع بعد نفاذه . عدم سريانه بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص .

الطلب ٥٠ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٤ / ٥ / ١٩٧٨ ١٣٠٨

٨ - اللوائح المتممة للقوانين . قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها فى حق الإدارة من تاريخ صدورها ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج بها فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر . مثال بشأن قرار مدير عام الجمارك ٤ لسنة ١٩٦٣ .

الطعن ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٨ ١٣١١

٩ - الأصل فى القوانين ألا تكون بأثر رجعى إلا مااستثنى بنص خاص .

الطعن ١٨١ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢ ١٣٩٧

١٠ - القانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن تحضير القضايا أمام المحاكم الاستئنافية . هل افتراض العلم به يكون من تاريخ

الصفحة

إدراجه فى الجريدة الرسمية أم من تاريخ توزيع الجريدة فعلا ؟ م ٥-٤ مرافعات .

الطعن ٢٥٦ لسنة ٢٤ قضائية جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٥٨ ١٤٠٨

١١ - حق المالك فى تأجير مسكنه خاليا لفترة موقوته . م ٣٩ / ١ قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . حكم مستحدث . عدم سريانه على وقائع التأجير السابقة على صدوره . أثر ذلك .

الطعن ٢٩٥ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٢ ١٤١١

قرار إدارى

١ - للمحاكم التحقق من قيام القرار الإدارى بمقوماته القانونية . تطبيقها له وفقا لظاهر نصوصه على النزاع المطروح . لايعد تعرضا للقرار بالتأويل .

ترخيص جهة الإدارة بإنشاء مسقاة فى أرض الغير . الحيازة المستندة إلى حق استعمال المسقاة . حيازة تنتفى بها نية تملك أرض المسقاة مهما طال أمدها . الاستثناء : تغيير سبب الحيازة .

الطعن ٤٥٥ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٠ ١٢٦٤

٢ - اللوائح المتممة للقوانين . قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها فى حق الإدارة من تاريخ صدورها ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج بها فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر .

قرار مدير الجمارك ٤ لسنة ١٩٦٣ . التفسير الصادر من مدير الجمارك بشأنه . مخالف للقانون وخارج عن حدود التفويض .

٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٨ ١٣١٠

٣ - القرار الإدارى الذى لاتختص جهة القضاء العادى بإلغائه أو تأويله أو تعديله . ماهيته .

قرار المحافظ بإلقاء المياه والمخلفات بأحد المصارف . مخالفته قانون الرى والصرف ٧٤ لسنة ١٩٧١ . أثره . تجرده من صفته الإدارية بما يسقط عنه حصانته . اختصاص القضاء العادى بحماية الأفراد .

الطعن ٤٧٩ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٧٨ ١٣١٣

٤ - القرار الإدارى . طلب إلغائه أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه . خروجه من الاختصاص الولائى للمحاكم العادية . وجوب التزامها بآثاره دون تأويله ولو عرض النزاع بشأنه بصفة تبعية لنزاع مما تختص به المحاكم .

الطعن ٦٦٢ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٧٨ ١٣١٤

٥ - القانون بمعناه العام . المقصود به القرارات واللوائح . بدء سريانها . القرارات الوزارية بشأن الإباحة للمستأجر بتأجير وحدات مفروشة لأغراض السياحة وغيرها . سريانها على العقود التى تبرم فى ظلها أو السارية وقت العمل بها .

قضـــاة

قوة الأمر المقضى

الصفحة

قوة قاهرة

معاهدات

الصفحة

(ن)

نظام عام . نقض

المسائل المتعلقة بالنظام العام :

الصفحة

الطعن ٣٣ لسنة ٣٧ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ١٢ / ٤ / ١٩٧٢ — ١٣٩٨

٣ – قواعد المواريث . تعلقها بالنظام العام . ثبوت أن طالبة الوراثة مسيحية الديانة والمورث مسلم . أثره . انتفاء مصلحتها فى طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوراثة باعتبارها ابنته .

الطعن ١٠ لسنة ٤٨ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ٢٠ / ٦ / ١٩٧٩ — ١٢٩٢

(هـ) فى إيجار الأماكن :

١ – التنظيم الخاص بتأجير الأماكن المفروشة م ٢٦ قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . والقرار المنفذ لها . تعلقه بالنظام العام . عدم جواز الاتفاق على مخالفته .

الطعن ٩٣١ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٥ / ٥ / ١٩٧٩ — ١٢٨٨

٢ – امتداد عقد الإيجار بالنسبة لأقارب المستأجر عند وفاته . م ٢١ قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . إبرام العقد فى ظل أحكام القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وجوب إعمال أحكام المساكنة . الأحكام المتعلقة بالنظام العام . وجوب تطبيقها بأثر فورى .

الطعن ٣٣٩ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١ / ٣ / ١٩٨٠ — ١٢٦٧

٣ – دعوى المؤجر فى ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بالإخلاء للتنازل عن الإيجار . صدور القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أثناء نظر الاستئناف . تمسك الطاعن بما استحدثته المادة ٢٩ منه من امتداد العقد للمقيمين حق الأقارب من الدرجة الثالثة فى حالتى الوفاة أو الترك . الحكم بإعمال القانون القديم . خطأ .

الطعن ٤٠٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ٧ / ٢ / ١٩٨١ — ١٢٥٨

٤ – وجوب ثبوت الإضرار بسلامة المبنى كسبب لإخلاء المستأجر . م ١٨ / د قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . قاعدة تتعلق بالنظام العام . سريانها بأثر مباشر على المراكز القانونية التى لم تستقر بحكم نهائى .

اشتراط الحصول على حكم نهائى لإثبات الاستعمال الضار بسلامة المبنى كسبب للإخلاء . لا يمس بذاتية القاعدة الآمرة . سريانه من تاريخ القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه . رفعت بها الدعوى أو لم ترفع .

وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الإخلاء . م ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . وجوب تقديم حكم نهائى بالنسبة للوقائع اللاحقة على صدوره .

الطعن ٢٢١٩ لسنة ٥٣ ق « هيئة عامة » جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٥ — ١٢٥١

٥ – الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية للمكان المؤجر . لا يخالف النظام العام . هو من قبيل العيب الذى يشوب إرادة العاقدين متى ثبت أنه كان وليد غلط فى تبين القانون الواجب التطبيق تحققت فيه الشرائط . جواز التمسك بإبطاله .

الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٨ — ١٢٩٦

الصفحة

٦ – الدفع بالجهل بالقانون . شرطه . أن تكون المخالفة لقاعدة غير متعلقة بالنظام العام . إعمال المتعاقد قاعدة قانونية فى غير محلها . هو غلط فى القانون .

تخفيض المؤجر للأجرة بواقع ١٥ ٪ إعمالاً للقانون ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ رغم عدم انطباقه . عدم اعتداد المحكمة بهذا التخفيض استناداً إلى أنه غلط فى القانون . لا خطأ .

الطعن ٢٦٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٨ — ١٢٩٧

٧ – تحديد أجرة الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية . أمر متعلق بالنظام العام . إخفاء حقيقة الأجرة . جواز إثباته بكافة الطرق .

الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦ — ١٣٤٩

نقض

حالات الطعن :

١ – الطعن بالنقض فى الحكم الجنائى . شرطه . استنفاد جميع طرق الطعن العادية وصدور حكم منهٍ للخصومة فى موضوع الدعوى الجنائية . الاستثناء . م ٣١ ق ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

الأحكام الصادرة فى طلبات رد القضاة فى المواد الجنائية . عدم جواز الطعن فيها بطريق النقض استقلالاً عن الأحكام الصادرة فى موضوع الدعوى التى يرفع عنها طلب الرد . علة ذلك ؟ .

الطعن ٦٧٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٧٨ — ١٣٠٣

٢ – الطعن بالنقض . المقصود به مخاصمة الحكم النهائى . حالاته . بيانها على سبيل الحصر فى المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ مرافعات .

م ٢٤٩ مرافعات . حالة استثنائية . شرطها . صدور حكم على خلاف حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضىّ .

الادعاء بوجود تقصير فى تشريع المرافعات بشأن الطعن فى أحكام محكمة النقض . طلب الطاعن الاستهداء بالمصادر الأخرى للتشريع المشار إليها فى المادة الأولى من التقنين المدنى . لا محل له . علة ذلك ؟ .

أحكام محكمة النقض بمنأى عن أىّ طعن . الاستثناء . قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها . ما جرت عليه الدائرة الجنائية بها . لا يجوز مباشرته فى الدائرة المدنية . علة ذلك ؟ .

الطعن فى الحكم الصادر من محكمة النقض بدعوى تضمّنه عدولاً عن مبادئ قانونية سابقة . لا يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية التى يجوز بسببها الطعن فى الحكم .

الأخطاء غير المادية . عدم جواز الالتجاء إلى ذات المحكمة لتصحيحها .

الطعن ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢ / ٢ / ٩٧٧ — ١٣٣١

الصفحة

الصفحة

الصفحة

رقم الإيداع		١٩٨٧ / ٤٣٣٨
الترقيم الدولى	٩٧٧-٠٢-٢٠٧٣-٦	ISBN

٢ / ٨٧ / ١٤٠

طبع بمطابع دار المعارف (ج.م.ع.)